

L'ÉVOLUTION DES IDÉES SUR L'AVORTEMENT PROVOQUÉ

(Étude morale et juridique)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 14 Juin 1934, à 14 heures

PAR

Jacques D. ZANCAROL

Lauréat de la Faculté de Droit d'Athènes

MEMBRES DU JURY

Président : M. L. HUGUENEY

Suffragants } M. DONNEDIEU DE VABRES
 } M. P. ESMEIN

PARIS

LIBRAIRIE LIPSCHUTZ

4, Place de l'Odéon

1934

**L'ÉVOLUTION DES IDÉES
SUR L'AVORTEMENT PROVOQUÉ**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'ÉVOLUTION DES IDÉES SUR L'AVORTEMENT PROVOQUÉ

(Etude morale et juridique)

*Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés,
mais de la nature des choses.*

MONTESQUIEU.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 14 Juin 1934, à 14 heures

PAR

Jacques D. ZANCAROL

Lauréat de la Faculté de Droit d'Athènes

MEMBRES DU JURY

Président : M. L. HUGUENEY

Suffragants } M. DONNEDIEU DE VABRES
 } M. P. ESMEIN

PARIS
LIBRAIRIE LIPSCHUTZ
4, Place de l'Odéon

—
1934

L'ÉVOLUTION DES IDÉES
SUR L'AVORTEMENT PROVOQUÉ

Thèse présentée et soutenue



Jacques D. NACAROL

Docteur en Médecine

Présentée par

M. J. NACAROL

M. D. NACAROL

Paris

1902

1902

1902

INTRODUCTION

Le Droit pénal plus qu'aucune autre branche du Droit est l'objet d'une évolution constante. Chaque époque et chaque peuple, d'après le degré de la civilisation où il se trouve, a son système répressif qui est le résultat de ses idées religieuses, morales et philosophiques, de ses mœurs, de son système politique, de son développement économique. C'est pour cette raison que si nous avons par exemple un Droit des obligations universel et à peu près immuable à travers les âges, nous voyons que le Droit pénal change sans cesse.

Quel est le but que la Société poursuit en punissant les auteurs des divers actes ? De quelle nature cette répression doit-elle être ? Quels sont les actes qui doivent être punis ? Voilà les problèmes fondamentaux de notre science qui ont reçu les solutions les plus différentes aux diverses époques de l'évolution de l'humanité.

En ce qui concerne la dernière de ces questions, on voit bien que tel acte qui dans une société déterminée était considéré comme inoffensif, dans une autre était classé parmi les crimes les plus graves. Il est difficile de citer quelques crimes qui aient été de tout temps considérés comme tels, la plupart des infractions restent exposées au courant des idées, les unes plus directement, les autres moins.

Ainsi les crimes politiques étaient, pendant l'ancien

Droit, classés parmi les crimes atroces pour lesquels les tortures les plus horribles étaient réservées. Beccaria, qui cependant est l'inspirateur du Droit pénal moderne, n'a pu échapper sur ce point aux idées de son époque et il admet la peine capitale exceptionnellement pour les crimes politiques, tandis qu'au contraire, peu de temps après, les législations de tous les pays civilisés devaient abolir la peine de mort précisément pour cette catégorie de crimes et les condamnés politiques bénéficier d'un système répressif privilégié.

L'instabilité est encore plus frappante en ce qui concerne les délits de mœurs. L'adultère était autrefois considéré comme un des crimes les plus graves, la femme coupable et son complice punis ordinairement de la peine du feu ou d'autre peine pareille. A l'heure actuelle, c'est à peine si nos tribunaux, en pareille matière, osent prononcer quelques jours d'emprisonnement.

La sodomie et l'inceste qui, pendant le moyen âge et jusqu'à la Révolution française, figuraient parmi les crimes capitaux, ne sont pas prévus par le Code pénal actuel.

Les divergences de vue ne sont pas moins sensibles en matière d'avortement.

Suivant les idées métaphysiques et religieuses sur l'âme, l'avortement se présente comme un acte indifférent pour le Droit ou comme un véritable homicide. Dans une société où les mœurs sont libres, l'avortement est reconnu comme inévitable, au contraire dans une société où la morale impose l'abstinence, où toute union qui n'a pas pour but la procréation est condamnée, l'avortement ne peut être toléré. D'après les tendances politiques d'un peuple, d'après la situation démographique, les pratiques abortives sont réprimées plus ou moins sévère-

ment ; il est clair qu'une nation qui est dominée par des idées impérialistes punit sévèrement ces pratiques ; et si dans un pays le nombre des naissances diminue sans cesse, comme c'est le cas pour la France, il est évident que le législateur est obligé de réagir contre les pratiques qui aggravent la dénatalité.

C'est cette évolution intéressante de la législation en matière d'avortement que nous nous proposons de retracer, autant que nos sources le permettent, en essayant d'en déterminer les causes. Cela nous donnera l'occasion de relever l'influence prépondérante en la matière des idées religieuses. L'avortement devient un crime au moment où l'Eglise chrétienne domine la société et à l'heure actuelle où la société s'éloigne de plus en plus des principes religieux, l'indulgence envers les femmes qui se font avorter augmente et un mouvement tendant à abolir la répression se dessine clairement dans la législation d'après guerre.

Depuis plusieurs années, comme on le sait, la question est l'objet de vives discussions. Sur ce point, comme sur tant d'autres, les idées nouvelles sont en lutte avec les principes traditionnels d'après lesquels l'avortement était regardé comme un crime aussi abominable que l'assassinat. Mais ces controverses resteront complètement en dehors de notre étude. Notre but n'est que de constater les faits, d'une façon aussi objective que possible.

En ce qui concerne l'étude historique de notre sujet, par cet examen impartial nous arriverons parfois à des conclusions essentiellement différentes de celles de la plupart des auteurs qui ont étudié la question, mais nous croyons que ce fait est dû à ce que ces auteurs, dominés par une répugnance profonde pour les pratiques abor-

tives, ont pris à tâche de montrer que les idées de notre société moderne remontent à la plus haute antiquité. Et le but de ces efforts est de tirer un argument de plus en faveur de la répression de l'avortement, du fait que de tout temps cet acte avait été considéré comme un crime grave et qu'il n'est pas possible de le considérer autrement.

Une étude un peu attentive de l'histoire montre qu'il y a, dans cette affirmation, une véritable confusion entre la conception moderne du délit d'avortement et la façon dont les législations des autres époques l'ont compris.

Le mot avortement, dans son sens large, signifie l'anéantissement du produit de la conception dans le sein de la femme enceinte et il est synonyme de fausse couche (1). Ce n'est pas naturellement dans ce sens qu'on prend ce terme dans le langage juridique.

L'expulsion prématurée de l'embryon peut être d'abord *spontanée*. Ce peut être le résultat de certaines maladies de la femme enceinte, de certaines malformations de ses organes génitaux, de certaines maladies du fœtus, ou de causes purement accidentelles, en général extérieures, comme les coups sur l'abdomen, les chutes, un simple faux-pas, etc...

Mais l'avortement peut être aussi le résultat d'une action volontaire qui a pour but de détruire l'embryon sans attenter aux jours de la femme enceinte. C'est en ce sens, le plus étroit, que l'entend le droit pénal au regard duquel l'avortement peut être défini « l'expulsion prématurée du produit de la conception intentionnellement provoquée ».

(1) Le mot avortement s'appelle en latin *abortus* ou *aborsus* qui dérive du verbe *aborior* qui est le contraire du *orior* (naître).

Cette expulsion provoquée peut être le fait soit de la femme enceinte, soit d'une autre personne qui agit de son consentement, soit d'un tiers qui agit sans le consentement de la femme. Et il y a là une série d'hypothèses qu'il convient de bien distinguer les unes des autres.

Le tiers qui, violemment, par des coups brutaux, ou perfidement, en administrant des substances abortives, provoque l'avortement d'une femme enceinte témoigne d'une criminalité offensive qui, chez tous les peuples ayant atteint un certain degré de civilisation, fait l'objet d'une répression au même titre que toute autre atteinte à l'intégrité physique de la personne.

Toute autre est la situation lorsque c'est la femme enceinte qui opère sur elle-même. Ici l'intervention du législateur présente un caractère original, car les lois, en principe, ne punissent pas une personne qui, de n'importe quelle façon, agit sur son propre corps. C'est sur ce point seulement qu'existent les grandes divergences auxquelles nous faisons allusion plus haut et il est indiscutable que cette question a été résolue pendant l'antiquité tout autrement qu'à l'heure actuelle.

La philosophie païenne a toujours considéré le produit de la conception comme une partie du corps de la femme. Lors donc que les législations anciennes parlent du crime d'avortement, il ne s'agit en principe que de l'avortement commis par un tiers et, dans cet acte, elles ne voient qu'un attentat contre les parents et surtout contre le père.

En effet, dans la pensée de tous les peuples de l'antiquité, l'enfant, même simplement conçu, appartient déjà à son père. C'est lui le véritable générateur, tandis que la mère ne fournit que la demeure et la nourriture. Et c'est ainsi qu'il n'est pas impossible de trouver dans l'an-

tiquité des peines qui menacent la femme coupable de s'être fait avorter contre le gré de son mari.

Mais ce qu'on ne trouve nulle part dans l'antiquité, c'est la punition de l'avortement commis par la femme enceinte du consentement de ceux qui ont autorité sur elle. Dans un acte semblable, le Droit ancien, qui ne punit l'avortement que pour protéger les droits des parents, ne peut pas trouver un délit.

C'est sous l'influence du Christianisme que le législateur a changé de point de vue. En punissant l'avortement, il s'est proposé de mettre le fœtus à l'abri de toute atteinte, qu'elle vienne d'un tiers ou de ses auteurs. Et c'est pourquoi il a complètement assimilé l'avortement pratiqué par le tiers à celui pratiqué par la femme enceinte, parce que dans les deux cas, la victime, qui est ici le produit de la conception, subit le même dommage.

Mais l'évolution ne s'est pas arrêtée là. Si la répression de l'avortement n'avait d'autre fondement que l'idée religieuse d'après laquelle l'embryon doit être protégé parce qu'il est un être humain, parce que l'âme pénètre dans le produit de la conception pendant la grossesse, on pourrait être sûr qu'elle ne résisterait pas longtemps au matérialisme contemporain.

Une autre idée, à l'heure actuelle s'est fait jour, à savoir que l'avortement est avant tout un acte nuisible pour l'Etat. Tous les écrivains d'aujourd'hui, pour montrer la nécessité de punir l'avortement se bornent à citer des statistiques qui montrent combien les Etats voisins augmentent en population. On ne parle plus de l'avortement comme d'un péché envers la divinité mais comme d'un crime national.

Avant d'entrer dans l'examen de l'avortement d'après les sources historiques et les textes législatifs, il n'est

peut-être pas inutile d'examiner l'origine de cette pratique qui remonte à la plus haute antiquité.

Parmi les premiers crimes que l'homme a commis, on compte celui par lequel il limita sa procréation en appliquant la méthode la plus simple et la plus efficace : l'infanticide. Il est indiscutable qu'un sentiment tout instinctif porte les parents à désirer la naissance d'un être issu d'eux-mêmes. Comme l'amour de la vie nous a été donné par la nature pour notre conservation personnelle, de même l'amour du sexe a été mis en nous pour la conservation de l'espèce. Ces instincts se rencontrent aussi bien chez les êtres humains que chez les animaux. Mais tandis que ces derniers, guidés uniquement par leurs instincts, ont à peu près une fécondité constante, l'homme, dès qu'il est devenu un être raisonnable, a senti le besoin de maîtriser ses impulsions naturelles et de proportionner les membres de la société aux moyens de subsistance. C'est pour cette raison que l'infanticide, qui se rencontre chez tous les peuples primitifs ne prouve pas, comme on le dit d'habitude, l'infériorité morale de l'homme par rapport aux animaux ; c'est une simple conséquence de ses facultés intellectuelles qui lui permettent de penser au sort de ces êtres qu'il met au monde.

En effet, si, dans notre société civilisée, l'infanticide se présente comme un acte de cruauté résultant, le plus souvent, d'un pur égoïsme, il n'en est pas de même pour les sociétés primitives. Pendant cette période de l'humanité, la vie est rude, les subsistances sont rares. L'accroissement excessif de la population, comparativement aux moyens naturels d'entretien, est, dans la vie sauvage, un péril continu et par conséquent la limitation de la procréation est non seulement permise, mais elle est souvent ordonnée par la morale et la religion.

Chez les peuples sauvages, là où règne la promiscuité des sexes, où la femme partage indifféremment ses faveurs entre tous, où le mâle brutal l'abandonne après la satisfaction de ses appétits grossiers, où elle ne peut compter ni pendant, ni après sa grossesse, sur aucune protection, l'enfant constitue, pour la mère, une charge souvent trop au-dessus de ses moyens. Si la femme s'en débarrasse, elle n'obéit qu'à la nécessité cruelle.

Quand, plus tard, l'humanité commence à s'organiser sous forme de famille, la charge de la mère devient moins lourde, car il existe déjà un père qui est obligé d'assurer la subsistance de ses enfants. Même à cette époque, la destruction d'une partie de la progéniture ne se présente pas comme moins nécessaire pour assurer à la collectivité les moyens de vivre. Nous avons alors l'infanticide pratiqué par le père de famille qui est un trait commun à toutes les sociétés de l'antiquité. Le développement de l'infanticide dépendait des ressources du pays, comme c'est encore, de nos jours, le cas pour les populations qui se trouvent à l'état primitif. C'est ainsi qu'elle était plus fréquente dans les îles où la limite des subsistances est plus facile à atteindre que sur le continent. Il était également pratiqué dans une mesure plus large chez les peuples qui vivaient de la chasse ou qui se trouvaient à l'état pastoral que chez les peuples d'agriculteurs.

Il faut admettre que, pendant l'âge primitif de l'humanité, l'infanticide était une pratique infiniment plus fréquente que l'avortement, lequel est déjà une forme savante de prévention malthusienne. C'est dans la mesure où les peuples sortent de la barbarie, où les mœurs deviennent plus douces et où les connaissances médicales se vulgarisent, que l'avortement se généralise. Au

moment où un peuple commence à sentir une certaine répugnance pour le massacre de ces petits êtres innocents qui viennent au monde ,il est normal de recourir aux manœuvres abortives pour empêcher leur naissance.

Première Partie

L'Avortement pendant l'Antiquité

CHAPITRE PREMIER

LES LÉGISLATIONS DES PEUPLES DE L'ORIENT

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Nos idées sur la Morale et le Droit sont le résultat d'une lutte séculaire entre deux mondes différents ; d'une part, la civilisation gréco-romaine et d'autre part, le Christianisme. La Grèce à son tour, comme il est établi surtout depuis les recherches faites récemment, a emprunté sa civilisation primitive aux peuples orientaux et le Christianisme ne se présente que comme le continuateur de la Loi de Moïse. C'est donc en Orient qu'il faut chercher les origines lointaines de notre civilisation.

Dans les temps les plus reculés, certains peuples de l'Orient ont fait des progrès énormes dans la civilisation et ils nous ont laissé des monuments qui sont à l'heure actuelle l'objet de notre admiration.

Leurs progrès se reflètent dans l'organisation criminelle et c'est ainsi qu'en étudiant les sources législatives qui nous sont parvenues, on voit que les sages législateurs de ces peuples possédaient des notions bien long-

temps ignorées par notre civilisation. Leur système répressif est très perfectionné. Chez la plupart d'entre eux, le droit de vengeance privée n'est pas reconnu ; les actes qui portent atteinte à l'ordre public et à l'intérêt de la société sont punis par des peines publiques, imposées par les magistrats ; le plus grand nombre des infractions de nos codes pénaux y sont prévues et énumérées en détail.

Mais l'Orient fut cruel : Ce qui fait l'infériorité notable de la civilisation orientale, dans le domaine de la Morale, c'est le mépris qu'elle montre pour les faibles. Les esclaves, les gens des classes inférieures, les femmes, les enfants sont l'objet d'une exploitation sans limites. Les forts n'ont que des droits et la loi, qui est impuissante à limiter leur pouvoir, ne fait que sanctionner ces droits.

Pendant l'antiquité, on distingue trois espèces de pouvoir : le pouvoir domestique, le pouvoir civil et le pouvoir religieux. Au temps de la naissance des sociétés, ces trois pouvoirs se trouvent réunis dans les mêmes mains, celles du chef de famille, du patriarche. Quand plus tard, par la réunion de plusieurs familles, se forme la Cité, c'est à elle qu'appartient le pouvoir civil, mais le chef de famille exerce toujours le pouvoir domestique qui lui confère un droit absolu sur toutes les personnes à lui soumises. Dans la plupart des législations, le père de famille peut disposer de la façon qui lui plaît de ses femmes et de ses enfants comme il peut le faire de ses esclaves et de ses animaux. Le foyer domestique est un asile sacré dont personne ne peut forcer le seuil. Entre un père et un fils, un mari et une femme, on ne tolère l'entremise d'aucun pouvoir étranger.

Dans la pensée de ces peuples de l'antiquité, les droits de famille se rattachent à une idée de propriété, les en-

fants appartiennent à leur père et c'est ainsi qu'on peut expliquer l'inexistence de toute répression de l'infanticide ; et si parfois, chez les peuples les plus civilisés, le pouvoir étatique est devenu assez fort pour prendre des mesures contre l'infanticide, la faiblesse de la peine prévue par la loi montre combien cette institution était ancrée dans les consciences.

Etant donné ce droit des parents de tuer un être déjà venu au monde, il faut en conclure qu'ils avaient à plus forte raison le droit d'anéantir un être qui n'avait pas encore vu le jour ; c'est-à-dire de prévenir une naissance par des manœuvres abortives.

Les législations de l'antiquité qui montrent peu d'intérêt pour la vie de l'enfant n'ont jamais accordé une protection spéciale au fœtus. Elles ne punissent que le tiers qui agit de son propre mouvement ; quant à l'avortement commis par la femme sans le consentement de son mari, en principe la loi ne s'en occupe pas, considérant qu'il s'agit là d'une affaire privée.

§ 2

L'Egypte

A un moment où la Grèce et l'Italie n'avaient pas encore entrevu les premières lueurs de la civilisation, l'Egypte possédait déjà une législation savamment composée qui se préoccupait de toutes les parties essentielles du Droit et qui se rapprochait à plusieurs points de vue du Droit des peuples modernes. Cette législation fut l'objet d'une grande admiration de la part des Grecs qui y trouvaient des modèles pour leur propre législation.

Et d'après la tradition tous les Grecs illustres, et notamment Solon le législateur ont visité l'Egypte (1).

Les Egyptiens, comme tous les peuples primitifs, prêtaient à leurs lois une origine divine. Elles avaient fait l'objet d'une révélation.

Thoth, l'Hermès céleste, avait écrit sur l'ordre du Dieu suprême, les lois destinées à présider au gouvernement des créatures intelligentes. Il avait apporté ces lois sur la terre et était devenu ainsi le premier initiateur de l'humanité. Mais les hommes avaient oublié bientôt les leçons qu'ils avaient d'abord reçues avec autant d'admiration que de reconnaissance. Alors Isis et Osiris s'étaient chargés de la noble tâche de ramener la civilisation en Egypte et Thot, reprenant son premier rôle, était incarné pour devenir le précepteur, le guide et l'associé de ces divinités bienfaisantes. Il avait écrit cette fois 42 livres sacrés qu'il avait confiés à la garde des prêtres (2).

De ces 42 livres il nous reste malheureusement peu de choses. Ce droit nous est connu, surtout par de nombreux papyrus découverts dans les dernières années, mais dans ces documents on ne trouve à peu près rien en ce qui concerne le Droit criminel. Les principales sources qui nous permettent d'avoir une idée à ce sujet sont les auteurs grecs et notamment Diodore de Sicile qui au temps d'Auguste a écrit son Histoire universelle.

Ces sources historiques nous permettent de constater que ce pays possédait un droit pénal dominé par des principes qui n'ont pris place dans nos législations qu'il y a à peine un siècle.

(1) Voyez *Diodore de Sicile*, liv. I, ch. LXIX, traduction en français par A. Miot, Paris, 1834, p. 140.

(2) Voyez THONISSEN : *Etudes sur l'histoire du Droit criminel des peuples anciens*. Bruxelles, 1869, livre II.

En Egypte, la sentence était prononcée par 30 juges, choisis parmi les plus illustres des citoyens des villes. Ces juges laïcs rendaient leur décision d'après des lois établies d'avance, en respectant la règle « *nulla poena sine lege* ». Personne n'avait le droit de prononcer une peine arbitraire. Comme nous dit Diodore de Sicile : « Il n'était pas permis même au roi de rendre un jugement et de punir par passion, par caprice ou pour tout autre motif injuste, mais seulement en conformité des lois existantes et rendues sur chaque cas particulier » (3).

Mais ce qui prouve la supériorité incontestable de la législation égyptienne sur toutes celles de l'antiquité, c'est le respect qu'elle montre pour la vie humaine. Tandis que tous les pays d'alors s'inquiétaient seulement de la protection de leurs nationaux, en Egypte, l'âme humaine avait toujours la même valeur. Celui qui tuait volontairement un homme soit libre, soit esclave, était condamné également à perdre la vie. Aucune distinction entre le citoyen et l'étranger, le noble et l'esclave. Le souci du législateur de sauvegarder la vie de tout être humain était poussé à un degré tel que le Droit actuel n'a pu l'atteindre. « Celui — nous dit Diodore de Sicile — qui voyait sur son chemin un homme attaqué par des assassins ou succombant sous quelque violence et ne le sauvait pas, lorsque la chose était en son pouvoir, devait être condamné à la peine capitale » (4). Une telle négligence aujourd'hui n'est condamnée que par les règles de la Morale.

On peut donc se demander si ce législateur, qui montre

(3) *Diodore de Sicile, op. cit.*, liv. I, ch. LXXI, p. 145.

(4) Liv. I, ch. LXXVII.

une telle sollicitude pour l'âme humaine, protège la vie embryonnaire ? On pourrait bien le croire étant donné qu'en Egypte la Loi n'attribue pas au père de famille un droit de propriété sur ses enfants.

Nos sources sont muettes sur ce point et pourtant, en prenant en considération d'autres dispositions sur des sujets analogues, on peut, sans hésitation, conclure que le législateur égyptien ne punissait pas l'avortement commis par les parents.

Nous avons dit qu'en ce pays tout homicide volontaire était puni de mort. Voici de quelle façon, d'après notre historien, était expié ce crime, dans le cas le plus grave, celui du parricide. « Les coupables — nous dit-il — étaient condamnés à un supplice aussi cruel que recherché. Après leur avoir coupé sur le corps des morceaux de chair de la longueur du doigt, on les entourait d'épines, et ils étaient brûlés vifs » (5). En face de cette cruauté pour celui qui a ôté la vie à ceux de qui il l'a reçue, quelle était la peine des parents qui tuaient un de leurs enfants ? Notre historien nous en donne également la description. Mais quel contraste énorme ! Dans cette hypothèse que les peuples chrétiens, plus tard, devaient assimiler à celle de parricide, la loi d'Egypte imposait une peine bizarre, destinée à provoquer seulement les remords des parents coupables et parfaitement inefficace à l'égard de ceux qui n'étaient pas capables d'en avoir.

« On les obligeait, dit l'historien grec, à tenir embrassé pendant trois jours et trois nuits le cadavre de cet enfant et une garde préposée par l'autorité publique veillait à l'exécution du châtimement » et il ajoute : « Le

(5) Liv. I, ch. LXXVII.

motif de cette loi était qu'il ne paraissait pas juste de priver de la vie ceux qui l'avaient donnée à leurs fils, et que l'on croyait, par un tel avertissement, causer assez de chagrin ou inspirer assez de repentir aux coupables pour les détourner à l'avenir de pareils excès ».

En présence d'une telle indulgence pour ceux qui tuaient leurs enfants, quelle pouvait être la peine des parents qui faisaient disparaître un simple germe de vie, un embryon ? Sans doute aucune. D'ailleurs, s'il en avait existé une, notre historien l'aurait citée, ayant la prétention de donner une énumération complète des peines.

Dans le même chapitre, Diodore de Sicile, nous parle d'une disposition qui, adoptée d'abord en Egypte, avait été transplantée en Grèce et qui, depuis, se rencontre dans toutes les législations du monde. D'après cette disposition, une femme enceinte condamnée à mort ne peut subir sa peine qu'après son accouchement. On en pourrait donc conclure que le législateur égyptien considérait le fœtus comme un être distinct de la femme dans le sein de laquelle il se trouve. Mais cette conclusion serait erronée, car l'historien nous explique que même ici il ne s'agit que d'une mesure prise en faveur du père. « En punissant la femme grosse, nous dit-il, pour un crime qui lui est propre, il est contre toutes les convenances de faire mourir un enfant qui appartient également au père et à la mère. »

§ 2

La Mésopotamie

Une autre civilisation originale et aussi ancienne que celle de l'Egypte a fleuri dans un pays voisin, la Mésopotamie. C'est la civilisation Assyro-Babylonienne du

bassin du Tigre et de l'Euphrate, dont l'influence fut grande non seulement en Palestine, mais aussi en Grèce.

Pour ce pays, les grands cadres chronologiques ne sont pas encore établis avec toute la précision désirable, mais déjà l'Histoire de Babylonie et celle d'Assyrie se dégagent de façon assez précise à partir des débuts du troisième millénaire pour l'une et au cours du premier millénaire avant notre ère pour l'autre.

Le Droit babylonien qui est le plus ancien Droit que nous connaissions, de beaucoup antérieur aux Codes brahmaniques et à la Loi mosaïque, n'est pas un Droit primitif et grossier, comparable à celui des Douze Tables. C'est un Droit qui correspond aux besoins d'une civilisation raffinée et profondément imprégné d'équité (1).

Le document le plus précieux de la législation babylonienne est le recueil des lois promulguées par le roi Hammourabi dans le second millénaire avant notre ère, découvert à Suse en 1902 par J. de Morgan. Hammourabi fut le véritable fondateur de l'unité de l'Empire et le plus illustre des rois de Babylone. A peine arrivé au pouvoir, il s'occupa de faire régner la justice et, pendant tout son règne, travailla à recueillir les décisions qu'il fit graver sur la pierre. Un de ces recueils fut le « Code » qui nous est parvenu.

Ce Code, qui est resté le fondement du Droit babylonien, sous les dynasties subséquentes et même à l'époque néo-babylonienne est entièrement dégagé de toute formule, presque de toute pensée religieuse. Il a un caractère purement social, son esprit est juridique et non moral. La juridiction civile s'est substituée à celle qui s'exerçait dans les temps plus reculés sous l'inspiration des dieux.

(1) Voyez Ed. Cuq : *Etudes sur le Droit babylonien*. Paris, 1929.

Mais le Code de Hammourabi n'est ni le plus ancien, ni le seul document qu'on possède sur le Droit de la Babylonie. Avant lui, d'autres rois s'étaient assigné une tâche analogue et de cette très ancienne législation, qui est une législation sumérienne appartenant aux premiers habitants de cette contrée, nous possédons quelques fragments publiés en 1915 (2).

Dans la législation babylonienne, aussi bien dans le Code de Hammourabi que dans les fragments de l'ancien Code sumérien, on trouve des dispositions concernant notre sujet. Le législateur, à propos de la répression des coups et blessures prévoit le cas où ces actes de violence s'adressent à une femme enceinte et la font avorter.

Le Code pré-hammourabien § 18, 19, pour déterminer le taux de la composition, fait une distinction entre l'avortement provoqué intentionnellement et celui qui est le résultat d'un accident. Dans le premier cas, l'auteur du délit doit payer 20 sicles d'argent, dans le second, le responsable de l'accident, 10 sicles d'argent (3)

Le Code de Hammourabi ne fait pas cette distinction. Dans son article 209, nous lisons : « Si un homme a frappé une fille d'homme libre et a fait tomber son intérieur, il payera, pour son fruit, dix sicles d'argent » (4). La peine est de cinq sicles pour l'avortement d'une fille de classe inférieure, de *mouchkinou*, et de deux sicles pour l'avortement d'une esclave.

(2) Voyez la traduction faite par CLAY en *Yale Oriental series Babylonian text*, n° 28, en 1915.

(3) La pièce d'argent dont il est question remplace la monnaie proprement dite qui n'existait pas à Babylone. Le poids unité était la mine qui valait environ 500 gr. Le sicle étant le soixantième de la mine et soixante mines faisaient un talent.

(4) Voyez *La loi de Hammourabi*, publiée et traduite par V. SCHENL, Paris, 1904.

Le Code de Hammourabi ainsi que la Bible hébraïque, nous le verrons plus tard, prévoit également le cas où la femme enceinte meurt par suite de l'acte violent. Pour ce cas, l'art. 210 nous dit : « Si cette femme meurt, on tuera la fille (de l'agresseur) ». Peine naturellement absurde, mais qui est conforme à la loi cruelle du Talion. Si la victime appartient à la classe de *mouchkînou*, une composition d'une demi-mine d'argent est suffisante et s'il s'agit enfin d'une esclave, la composition est un tiers de mine d'argent.

Pour l'avortement volontairement commis par la femme enceinte ou imposé par le chef de famille, le Droit babylonien ne dit rien, il faut en conclure que cet acte ne constitue pas un délit. En effet, la nature de la peine imposée pour l'avortement commis par un tiers et surtout la faiblesse de cette peine nous montre suffisamment que, dans la pensée sémitique, la vie embryonnaire n'est pas quelque chose de comparable à la vie humaine.

Dans le Droit babylonien, l'atteinte portée à la vie d'un homme libre ou son intégrité corporelle ne peut être expiée par une peine pécuniaire. Toute atteinte corporelle entraîne une peine pareille à l'offense. Dans les articles 196 et suivants, on voit l'application de la loi du Talion : œil pour œil, dent pour dent. L'article 194 décide qu'il faut couper les seins de la nourrice responsable de la mort de l'enfant à elle confié. Au contraire, pour la perte d'un fœtus, la peine est toujours pécuniaire et, en plus, une peine excessivement légère, comme on s'en rend compte en la comparant aux autres peines du même genre. Celui, par exemple, qui a crevé l'œil d'un *mouchkînou* ou lui a brisé un membre, payera une mine d'argent, c'est-à-dire une somme six fois plus

grande que la peine qui frappe celui qui fait avorter une femme libre. Celui qui a fait tomber les dents d'un mouchkînou paiera un tiers de mine d'argent, c'est-à-dire qu'une dent de mouchkînou qui, dans l'esprit de la législation babylonienne, est un être inférieur, à peine différent de l'esclave, vaut deux fois plus que le fœtus d'une femme libre.

Une pénalité analogue est prévue dans le « Code Hittite » découvert en 1906 près d'Angora. Ce Code, dont la rédaction remonte vers le milieu du ^{xiv}^e siècle avant J.-C., était fait pour un peuple formé d'éléments très divers, établi dans le nord de la Mésopotamie. Il est divisé en deux parties qui, d'après M. Cuq (5), sont deux recueils composés à des époques différentes.

Comme le Droit babylonien, le Code Hittite, dans le chapitre qui traite des coups et blessures, détermine le taux de la composition pour l'avortement commis par un tiers. Mais, ce qui constitue l'originalité de cette législation, c'est qu'elle établit une distinction suivant que la grossesse est plus ou moins avancée. Ainsi, on voit dans l'article 17 que la composition, qui est de dix sicles d'argent, descend à cinq sicles seulement si l'avortement se commet dans les cinq premiers mois de la grossesse. Quand la victime est une esclave, la peine est toujours de cinq sicles (6). Dans la seconde partie de ce code, la distinction fondée sur la durée de la grossesse est écartée et la somme de la composition est élevée à 20 sicles pour l'avortement d'une femme libre et 10 sicles quand il s'agit d'une esclave.

On peut également observer ici l'extrême indulgence

(5) *Op. cit.*, p. 462.

(6) Voyez le *Code Hittite*, traduit par FRÉDÉRIC HROZNY, Paris, 1922.

de la loi pour celui qui provoque injustement un avortement. Et pour cette législation on a un point de comparaison plus net, étant donné que, dans la loi Hittite, la vengeance du sang a fait place à une composition, et, de cette façon, il est possible de voir le taux de cette composition pour les autres atteintes à l'intégrité d'une personne libre. C'est ainsi que la fracture du nez entraîne une composition d'une mine d'argent, le meurtre d'un marchand, le paiement de 100 mines d'argent, c'est-à-dire d'une somme 600 fois plus élevée que la destruction du fœtus d'une femme libre !

Depuis quelques années, nos connaissances sur l'ancien Droit sémitique se sont enrichies par la découverte d'une législation assyrienne remontant au ^{xiv}^e siècle avant notre ère. Au point de vue de l'évolution de l'humanité, la civilisation assyrienne présente d'autant plus d'intérêt qu'elle a été l'agent de transmission de l'influence babylonienne sur le peuple d'Israël et sur la Grèce, les Assyriens ayant été les continuateurs de la civilisation de Babylone dont les premiers rois étendaient leur pouvoir en Assyrie.

Le recueil des lois assyriennes, découvert à l'ancien Assur, a été publié en 1920 par O. Schroeder et traduit par U. Scheil, l'année suivante. Il se compose de trois tablettes d'argile contenant à peu près 90 articles dont le sujet est quadruple : le mariage, le gage, la propriété et un certain nombre de délits parmi lesquels l'avortement est longuement traité.

Ce recueil n'est pas un code officiel comme celui de Hammourabi, mais il est probablement l'œuvre d'un juriste assyrien qui se borne à rassembler diverses sentences d'espèce, rendues par le roi ou ses délégués et qui ont reçu force de loi. Il y a cependant un commen-

cement de généralisation ; au lieu de viser nominativement les personnes à l'occasion desquelles la décision a été rendue, l'auteur du recueil indique seulement leur sexe ou leur nationalité, l'article 47 par exemple est le procès-verbal du jugement d'une affaire concrète dans lequel on a supprimé les noms des parties. Koschaler pense qu'à côté de véritables lois, on trouve dans ce recueil des décisions judiciaires qui ne pouvaient avoir une application générale. Mais les lois assyriennes ne diffèrent pas seulement à ce point de vue du Code de Hammourabi ; la clarté et la logique de ce Code leur font défaut ; les textes sont embrouillés et souvent inexplicables et, du fait de cette obscurité, plusieurs articles sont d'une intelligence difficile (7).

Une grande partie de la législation inscrite sur les tablettes assyriennes est consacrée à la répression de divers actes délictueux, qui pour la plupart se rapportent aux mœurs, ce qui permet de supposer que la société assyrienne du *xiv^e* siècle avant notre ère était atteinte d'une grande immoralité. C'est ainsi que la loi édicte des peines graves contre la sodomie ; elle règle minutieusement la pénalité de l'adultère ; elle prend enfin des mesures contre les désordres moraux commis par les femmes. Il est curieux de constater que sur une quarantaine de dispositions qui concernent le droit pénal, la moitié à peu près visent des délits commis spécialement par les femmes : les femmes qui volent dans les temples, qui détournent les choses de leur mari, qui ont l'habitude invétérée des paroles insolentes et inconvenantes, qui entrent en lutte avec des hommes et leur brisent les testicules, qui se livrent à des manœuvres abortives, etc...

(7) Voyez par ex. les articles 31, 44, 48, 56.

(8). Les peines établies sont surtout corporelles : la mort, la bastonnade, le feu, la castration, la mutilation de la face, du nez, des oreilles, etc... Mais il y a aussi la peine des travaux forcés de 20 à 40 jours et parfois des peines pécuniaires.

La question de l'avortement est l'objet dans notre recueil d'une réglementation beaucoup plus complète que dans les autres législations sémitiques. A leur exemple, la loi assyrienne détermine d'abord la peine de celui qui fait avorter une femme sans avoir aucun droit sur elle. Dans l'article 21, on lit : « Si un homme a frappé la fille d'un homme et l'a fait avorter, on lui fera la preuve, on le convaincra ; il donnera deux talents, trente mines de plomb, on le frappera de cinquante coups, il fera un mois de corvée royale ». Cet article ressemble au Code de Hammourabi, art. 209, avec cette seule particularité qu'ici le législateur attache une grande importance à la preuve. En ce qui concerne la peine, quoiqu'on ne puisse dire si l'amende prévue dans cet article l'emporte sur celle qui est imposée par le Droit babylonien, il est pourtant clair qu'au total la peine est plus grave, étant donné que la loi assyrienne ne se contente pas de la peine pécuniaire mais y ajoute des peines corporelles.

Dans les articles 51 et suivants, la loi revient sur le même sujet et prévoit divers cas pour chacun desquels elle édicte des peines d'une sévérité excessive. L'article 51, envisageant le même cas que l'article 21, impose comme peine « le remplacement de l'être vivant ». Cette formule n'est pas très nette, il est probable qu'elle veut dire qu'un autre enfant devait être fourni à la place de celui qui aurait dû naître. Mais une question se pose : où

(8) Voyez sur ces sujets les articles 1-8 du recueil.

le coupable prenait-il cet enfant ? Il faut supposer qu'il le choisissait parmi les siens ou se le procurait par voie d'achat. Il est remarquable que la loi néglige complètement le préjudice moral et ne considère la réparation que du point de vue purement matériel, comme si, pour un Assyrien, un enfant étranger pouvait parfaitement remplacer un enfant issu de son sang.

Cette co-existence de deux règles différentes sur le même sujet a beaucoup embarrassé les interprètes. D'après M. Cruveilhier, les deux articles ne visent pas le même cas exactement, le premier envisageant l'avortement d'une fille et non pas, comme le second, celui d'une épouse, mais dans la traduction de M. Scheil (9) on voit que, dans les deux articles, il s'agit de l'avortement d'une « femme ». Il est plus simple de supposer avec M. Koschaker que le rédacteur de ce recueil a fait emprunt à deux sources différentes.

Dans le même article 51, la loi assyrienne envisage le cas, également prévu par le Code de Hammourabi et la loi mosaïque, où la femme enceinte meurt à la suite de manœuvres abortives et, dans ce cas, elle inflige la peine de mort au coupable lui-même et non à la fille de celui-ci, comme l'ordonnait le Code de Hammourabi.

Dans l'article suivant, la législation des tablettes assyriennes prévoit une circonstance atténuante que nous avons déjà rencontrée dans le Code Hittite. Cet article nous dit : « Si quelqu'un frappe une femme mariée non encore grossie et la fait avorter, c'est un crime : il paiera deux talents de plomb », c'est-à-dire que celui qui fait avorter une femme non encore rendue grosse par son enfant, dont le fœtus n'est pas encore suffisamment développé, est puni moins sévèrement.

(9) SCHEIL V. : *Recueil de lois assyriennes*, Paris, 1921.

Ensuite, le recueil assyrien envisage divers cas, qui ne font pas l'objet d'une réglementation spéciale dans les autres législations sémitiques. C'est ainsi qu'il considère comme un crime particulièrement grave le fait de provoquer l'avortement d'une femme dont le mari n'a pas de fils et, dans cette hypothèse où le malheur, pour le père de famille, est plus grand, la peine est la mort du coupable.

Dans l'article 53, il prévoit le cas où la victime de l'avortement est une prostituée et inflige au coupable autant de coups qu'il en a donné.

Mais le texte qui doit attirer tout particulièrement notre attention est l'article 54, ainsi conçu : « Si une femme, de sa propre initiative, fait tomber la chose de son intérieur, on lui fera la preuve, on la convaincra, on l'empalera sur du bois, on ne l'ensevelira pas » et il ajoute que la même peine sera infligée à son cadavre, si elle vient à mourir par suite de ces manœuvres abortives.

A première vue, on pourrait croire que le législateur assyrien, soucieux de sauvegarder la vie embryonnaire, accorde une protection spéciale au fœtus. Ceux qui ont écrit sur notre sujet avec le souci de présenter nos idées actuelles sur l'avortement comme ayant leur origine dans les temps les plus reculés n'ont pas encore puisé d'argument dans cette législation récemment découverte, mais déjà M. Cruveilhier exprime une pleine satisfaction pour cette disposition qui ordonne l'empalement de la femme coupable de s'être fait avorter et nous dit : « La mise au pal et la privation de sépulture pour la femme, auteur d'un avortement volontaire, quand bien même la coupable aurait trouvé la mort dans sa manœuvre, voilà une pénalité bien sévère. Mais nous ne songeons nulle-

ment à critiquer la loi assyrienne pour un excès de rigueur. Non seulement l'avortement volontaire viole le droit à la vie de l'être humain conçu, mais cette pratique a des conséquences déplorables pour la morale, pour la famille, pour la patrie et pour la société. Or, on ne saurait blâmer un législateur qui, au lieu de considérer, comme les auteurs de nos Droits modernes, l'ardeur des passions, a tenu compte des effets déplorables de l'acte criminel » (10).

Faut-il donc conclure que les Assyriens, seuls parmi tous les peuples de l'antiquité, ont atteint un degré si élevé de sensibilité qu'il ne leur permettait pas de tolérer la destruction de l'embryon par des manœuvres abortives ? Faut-il conclure que leur respect pour la vie humaine était tellement profond, qu'ils ont senti le besoin d'étendre leur protection scrupuleuse jusqu'à la vie embryonnaire ? et soutenir que ce peuple a eu des mœurs si austères, qu'il ne pouvait laisser impuni aucun acte qui troublerait l'ordre moral dans la famille ?

Ce serait là une conclusion tout à fait fausse. Les Assyriens ont laissé dans l'histoire une trace sanglante qui peut être comparée à celle des Huns (11) ; leur cruauté fut inouïe. Les mœurs de ce peuple permettaient l'exploitation impitoyable du faible par le fort. La famille assyrienne avait pour base une monogamie tempérée, c'est-à-dire que l'homme ne pouvait avoir plusieurs femmes au même rang, mais la loi et les mœurs lui concédaient une ou plusieurs concubines ; d'ailleurs, il dépendait de lui de renvoyer sa femme quand il le voulait. Dans l'article 38 du recueil de lois assyriennes,

(10) P. CRUVEILHIER : *Recueil de lois assyriennes*, Paris, 1926, troisième partie, p. 32.

(11) Voyez L. DELAPORTE : *La Mésopotamie*, Paris, 1923.

on voit que « si un homme répudie son épouse, s'il lui plaît, il lui donnera quelque chose ; s'il ne lui plaît pas, il ne lui donnera rien, elle sortira avec le vide (rien) ». Mais si la femme, pour éviter la cruauté de son époux, s'évadait du domicile conjugal, le mari, d'après l'article 25, « coupera les oreilles à son épouse et la reprendra s'il lui plaît ». Le Droit assyrien soumet la femme à un véritable esclavage ; dans notre recueil, on trouve l'obligation, pour les femmes, d'être voilées, lorsqu'elles circulent sur la voie publique. C'est là encore, comme l'affirme M. Cuq, un signe de la propriété du mari.

Tandis que la législation babylonienne du ^{xx}^e siècle avant notre ère confère à la personne les droits les plus étendus, les lois assyriennes nous ramènent au contraire à un état social moins avancé, où le chef de famille a des pouvoirs absolus sur tous les membres de sa famille. Ainsi, il peut vendre ses enfants : la preuve en est dans plusieurs actes de vente qui nous sont parvenus et dans lesquels le père agit comme « maître de l'enfant vendu » suivant une formule identique à celle de toute autre vente. Le droit de vendre l'enfant entraîne celui de le donner en gage, ce qui était courant en Assyrie ; l'article 45 détermine les droits de celui qui possède un pareil gage en disant : « Si un Assyrien ou une Assyrienne qui, comme gage, ou bien conformément à son prix d'achat, habite dans la maison d'un homme ou bien a été pris pour son prix d'achat total, il (le possesseur du gage) peut le battre avec le bâton, le tirer par les cheveux, lui blesser et lui percer les oreilles » (12). Et il a incontestablement le droit de le mettre à mort. Nulle part d'ailleurs, dans ces Droits mésopotamiens, on ne trouve de peine contre le père qui tue ses enfants.

(12) Voyez dans CRUVEILHIER, *op. cit.*, les traductions de Ehelolf et Tallovis.

Le chef de famille exerce aussi, sur les membres de sa famille, une juridiction privée qui s'étend également aux autres personnes ayant porté atteinte à ses droits et la loi accorde à ce magistrat domestique un droit de décision illimité dont le recueil assyrien nous fournit plusieurs exemples. Dans l'article 14, en cas de doute sur le point de savoir si la femme a été victime d'un viol ou coupable d'adultère, la loi dit que « le mari discutera avec sa femme et lui fera suivant son cœur ». Dans l'article 16 où il s'agit d'une femme qui a eu une intrigue avec quelqu'un, le mari, s'il trouve que sa femme avait tort, « attribuera la faute (la punition) à son épouse comme il voudra » et l'article 57 dit également que « le père fera de sa fille qui s'est laissée séduire ce qu'il voudra ». Ce qu'il y a donc d'exceptionnel dans l'article 54, c'est que la loi ne laisse pas la punition de la femme qui se fait avorter, au mépris des droits de son mari, à la libre appréciation de celui-ci, comme c'est le cas dans les autres législations, mais elle procède à la détermination de la peine. Pourtant il est plus probable que l'article 54, étant donné surtout sa gravité extraordinaire, ne contient pas une règle de droit générale, mais c'est une décision rendue dans une hypothèse déterminée. En tout cas, ce qui est essentiel, c'est que notre article, conformément à l'esprit de toute la législation, n'a pour but que la protection des droits du père de famille contre la femme qui, de son propre gré, se fait avorter. C'est en vertu du même souci que le législateur infligeait, dans l'article 51, la peine capitale, quand le mari de la femme avortée n'avait pas d'autre fils.

§ 3

La Palestine

L'étude de la législation hébraïque est du plus haut intérêt, étant donné son lien avec le Christianisme qui a exercé une influence prépondérante sur nos idées et notamment dans la matière qui nous occupe.

En ce qui concerne cette législation, nous avons l'avantage de posséder des renseignements plus complets, étant donné que les livres sacrés des Hébreux, adoptés par le Christianisme, furent de tout temps l'objet des études les plus minutieuses.

La partie juridique de la Bible, c'est le Pentateuque, que les Juifs appellent la Torah, ou la Loi. Elle se compose de cinq livres : La Genèse, qui est une introduction historique à la Loi ; l'Exode, qui contient le Décalogue donné par Jéhovah à Moïse sur le Sinaï, et d'autres commandements qui constituent le droit pénal de la Bible ; le Lévitique, les Nombres et enfin le Deutéronome, qui récapitule les livres précédents.

La date de la composition du Pentateuque est inconnue. D'après la tradition qui est adoptée par l'Eglise, c'est le livre où Moïse, le libérateur et législateur des Hébreux, a raconté, avec l'aide de l'inspiration divine, vers le ^{xv}^e siècle avant notre ère, les origines du Monde, l'histoire du peuple de Dieu, et formulé les règles du Droit qui lui ont été révélées (1). Mais, en réalité, cette législation, loin d'être l'œuvre d'un seul homme et d'une seule époque, est une compilation dans laquelle sont entrés des écrits de dates diverses du ^{xiii}^e au ^v^e siècle. Les

(1) Voyez *La sainte Bible Polyglotte*, par F. VIGOUROUX, Paris, 1898, t. I.

travaux d'exégèse accomplis au cours du dernier siècle ont prouvé que l'œuvre finale d'assemblage et de rédaction doit être reportée au v^e et même au iv^e siècle avant notre ère (2). Le Pentateuque offre des éléments de comparaison intéressants et multiples avec le Code de Hammourabi. En réalité, quoiqu'on ait contesté l'influence de la civilisation babylonienne sur le peuple d'Israël, il faut admettre que les ancêtres des patriarches, compatriotes et contemporains de Hammourabi, étaient soumis à la législation civile des Chaldéens et spécialement au code du grand législateur de Babylone ; et ensuite, Moïse et les autres législateurs d'Israël n'ont fait que conserver la législation ancestrale en la perfectionnant d'une façon toute relative.

La législation mosaïque se présente à nous en deux éditions sensiblement différentes. La Bible hébraïque et la Bible grecque dite des Septante, qui est une édition faite à l'époque des successeurs d'Alexandre le Grand à l'usage des Juifs parlant la langue hellénique.

La version des Septante est le plus ancien témoin de la Bible, parce que nous n'avons aucun manuscrit de la Bible hébraïque remontant à une date antérieure au i^{er} siècle, mais elle est un témoin peu fidèle (3). Il suffit d'y jeter les yeux pour voir que la traduction grecque appelle de sérieuses réserves. C'est une œuvre qui n'est pas faite d'un seul coup comme le veut la légende (4),

(2) Voyez MAURICE VERNES : *Les emprunts de la Bible hébraïque au grec et au latin*. Paris, 1914.

(3) Voyez LOISY : *Histoire critique du texte et des versions de la Bible*. Amiens, 1892.

(4) D'après la légende 72 docteurs, enfermés dans 72 cellules isolées, avaient traduit séparément et parallèlement les livres sacrés ; quand on compara leur travail on constata avec admiration que les 72 versions s'accordaient jusqu'aux virgules ; c'est l'inspiration divine. (On appelle aussi la Bible grecque la version LXXII interprètes).

mais elle est le résultat du travail de plusieurs personnes, depuis le commencement du III^e jusqu'à la fin du I^{er} siècle avant notre ère. Ces interprètes se sont servi de différents manuscrits présentant des divergences notables. Ce qui est plus grave encore c'est que, en dehors de fautes involontaires commises, les traducteurs de la Bible, sous l'influence de certains scrupules philosophiques, nés au contact de la civilisation grecque, ont modifié intentionnellement maints passages en faisant des additions qui sont dépourvues de toute authenticité.

La Bible des Septante passa tout naturellement des mains des Juifs hellénisés dans celles des premiers missionnaires de l'Evangile devenant ainsi la Bible de l'Eglise chrétienne. Mais si, de cette façon, elle a joué un rôle considérable dans l'histoire des idées religieuses, elle n'a jamais exercé une influence importante sur les Juifs, même sur ceux qui parlaient la langue grecque. Ceux-ci en effet, en apercevant le nombre considérable d'additions et d'omissions que la Bible grecque présentait, l'abandonnèrent de bonne heure au profit de nouvelles versions conformes aux textes de la Bible hébraïque.

C'est donc la Bible hébraïque qui seule, peut nous fournir des renseignements sur les idées du peuple d'Israël et sur la législation qui était appliquée en Palestine. Les questions concernant l'histoire et l'établissement définitif du texte de la Bible hébraïque n'ont pas encore été élucidées. On suppose que c'est vers le second siècle avant notre ère que ce travail a été fait.

Grâce à Saint Jérôme qui, à la fin du IV^e siècle, a doté l'Europe latine d'une Bible traduite sur l'original, connue sous le nom de Vulgate, nous possédons un précieux témoignage de la législation hébraïque telle qu'elle était chez les Juifs pendant cette période.

Or, de cette Bible, il ressort que la législation de Moïse ne contient aucune condamnation contre l'avortement quand ceci est l'œuvre des parents. D'habitude, les auteurs expliquent ce fait en prétendant que les pratiques abortives devraient être inconnues chez les Hébreux où la fécondité était honorée, où la stérilité était un objet de honte pour la femme et où la fornication et l'adultère étaient punis de mort. Ces auteurs admettent d'ailleurs en général que les attentats contre les enfants conçus ou nouvellement mis au monde n'apparaissent qu'au sein des sociétés corrompues par le luxe et la débauche (5).

Ces explications, d'après nous, ne correspondent guère à la réalité. Dans une société pastorale où les moyens d'existence sont rares et où la polygamie entraîne un relâchement des mœurs, l'avortement est loin d'être inconnu. Il faut donc chercher ailleurs la cause de cette absence de peines contre les attentats à la vie embryonnaire.

On sait que le patriarche biblique était un maître absolu. A l'époque de Moïse et avant lui, le père avait le droit de vie et de mort sur ses enfants (6), et la Bible nous fournit plusieurs exemples confirmant l'existence de ce droit. Non seulement il avait le droit de faire avorter sa femme, mais il avait même celui de faire disparaître avec le produit de la conception, la femme elle-même ; la Genèse (XXXVIII § 24) nous en donne un exemple : « Voilà qu'après trois mois — lisons-nous — on annonça à Juda cette nouvelle : « Thamar, ta belle-

(5) Voyez dans ce sens : THONISSEN : *Etudes sur l'histoire du Droit criminel des peuples anciens*, liv. III, p. 186. — GALLIOT : *L'avortement criminel*, Lyon, 1884.

(6) Voyez RABBINOWICZ : *Législation criminelle du Talmud*. Paris, 1876.

filles a forniqué et elle paraît être enceinte ». Juda répondit : « Produisez-là en public, afin qu'elle soit brûlée ».

Moïse, pour rendre plus rare le meurtre des enfants, ordonne que celui qui veut tuer son fils pervers et rebelle ne fasse rien sans le consentement de la mère, espérant que l'affection maternelle mettra un frein à la colère du père, et même ce consentement ne suffit pas. Le père et la mère sont obligés de porter plainte par devant les Anciens de la ville (7).

En dehors de cette limitation, la puissance paternelle reste un droit absolu qui confère au père de famille le droit de disposer de ses enfants de la manière qui lui plaît et on trouve consacré dans l'Exode le droit du père de vendre ses enfants (8). Moïse ne dit rien du père qui tue son enfant nouveau-né ni de celui qui fait avorter une femme qui se trouve en son pouvoir.

Mais si le Pentateuque garde le silence sur l'avortement commis par les parents, il contient pourtant, dans le chapitre XXI de l'Exode, un texte célèbre sur notre matière, qui est ainsi conçu : « Si des hommes se querellent, et que l'un d'eux, ayant frappé une femme enceinte, cette femme accouche d'un enfant mort sans qu'elle meure elle-même, il sera obligé de payer ce que le mari de la femme voudra et ce qui aura été ordonné par des arbitres ». On verra plus tard de quelle façon ce passage fut altéré dans la version des Septante, dans laquelle nous trouvons une distinction complètement étrangère à la pensée hébraïque entre le fœtus animé et le fœtus inanimé.

Dans ce chapitre de la Bible, le législateur mosaïque

(7) *Deuteronomie*, XXI, § 18.

(8) *Exode*, XXI, § 7.

envisage le cas où l'avortement est causé par la brutalité de deux hommes qui luttent et heurtent une femme enceinte. Ceci est considéré comme une offense envers les parents et la loi oblige les coupables à payer une indemnité. Ce passage peut être rapproché de l'article 209 du Code de Hammourabi. La seule différence réside dans la manière de déterminer la composition, laquelle au lieu de consister en une somme fixe, est laissée à l'appréciation du mari de la femme et, en cas de désaccord, à la décision des arbitres. A l'exemple de ce Code, la loi hébraïque, après avoir fixé une indemnité pécuniaire pour ce cas, ajoute dans l'alinéa suivant : « Mais, si la femme en meurt, le coupable rendra vie pour vie, œil pour œil, etc... ».

Dans le Pentateuque, comme dans la législation babylonienne, on trouve la co-existence de la vengeance qui est appliquée pour tous les crimes de sang et de la composition pécuniaire, pour les délits moins graves. En notre matière, le législateur, quand il s'agit d'un avortement simple, se borne à une composition, tandis que, dans le cas où l'avortement entraîne la mort de la femme enceinte, il applique la loi du Talion. On peut conclure de ce fait que chez les Hébreux la destruction du fœtus n'était pas considérée comme la perte d'une vie humaine.

L'impunité de l'avortement est un fait incontestable, aussi bien pour l'époque biblique que pour le Droit postérieur du peuple d'Israël. En effet le Talmud, qui contient la tradition rabbinique jusqu'au ^v^e siècle environ de notre ère, ne contient aucune trace de la punition de cet acte.

Cependant, presque tous ceux qui ont écrit sur notre question, se fondant sur une prétendue affirmation donnée par Flavius Josèphe, soutiennent que, dans le Droit

des Juifs, postérieur au Pentateuque, les femmes qui se faisaient avorter étaient condamnées à mort (9). Cette prétention est d'autant plus inadmissible que les Talmudistes étaient de véritables abolitionnistes de la peine de mort (10). Mais voici à quoi est dû ce malentendu : cet historien, dont le nom vrai est Joseph ben Mathias, né à Jérusalem l'an 37 de J. C., s'est installé, après la prise de son pays natal par Titus, à Rome, où il a écrit l'histoire du peuple juif. Dans un de ses ouvrages, connu sous le titre « Contre Apion », défendant le judaïsme contre les accusations du célèbre polygraphe alexandrin, il fait l'apologie de l'œuvre théologique, législative et morale de Moïse. Dans la traduction française de cet ouvrage, les auteurs cités plus haut trouvaient le passage suivant : « La Loi défend aussi sous peine de vie de faire violence à une fille promise à un autre, d'avoir commerce charnel avec une femme mariée et avec celle qui nourrit des enfants ; et défend aux femmes, sous la même peine, de faire mourir les enfants qu'elles mettent au monde ou de les étouffer dans leur sein, parce que c'est tuer une âme en étouffant un corps et diminuer le nombre des hommes » (11).

Mais il est reconnu aujourd'hui que ce passage ne correspond nullement au texte primitif de l'historien juif.

On sait que Flavius Josèphe a écrit en grec, dans un style pénible, avec des phrases longues, peu claires et

(9) Voyez p. ex. THONISSEN, *op. cit.* — Fél. ALLEMANNE, *L'avort. criminel*, Toulouse, 1911, p. 47. — Léon GALLIOT, *op. cit.* — Ch. RIOUFOL, *L'avortement et la provocation à l'avortement*, Toulouse, 1924. — M. ACHARD, *L'avortement et la propagande anticonceptionnelle*. Toulouse, 1917.

(10) RABBINOWICZ, *op. cit.*

(11) FLAVIUS Joseph, *Œuvres complètes*, éd. Buchon, Paris, 1858, p. 845.

mal construites à cause de l'imparfaite connaissance qu'il avait de cette langue ; ses ouvrages obscurs subirent de nombreuses altérations du fait des divers copistes, et le rétablissement du texte fut une œuvre pénible pour nos hébraïsants. Le texte grec de « Contre Apion », rétabli par M. Théodore Reinach, d'après un manuscrit du ^x^e siècle, a été publié en 1930.

Voici donc comment se présente le passage qui nous intéresse dans le livre II, chapitre XXIV, de cette nouvelle édition (12). « Prescriptions relatives aux mariages », § 201. Le mari ne doit s'unir qu'à sa femme ; essayer de corrompre la femme d'autrui est un péché. Si on le commettait, on serait puni de mort sans excuse, soit qu'on violentât une jeune fille déjà fiancée à un autre, soit qu'on séduisît une femme mariée.

§ 202. La loi a ordonné de nourrir tous ses enfants et a défendu aux femmes de se faire avorter ou de détruire par un autre moyen la semence vitale : car ce serait un infanticide de supprimer une âme et d'amoindrir la race (13). C'est pourquoi, également, si l'on ose avoir un commerce avec une femme accouchée, on ne peut être pur.

§ 203. Même après les rapports légitimes du mari et de la femme, la loi ordonne des ablutions... »

Il ne s'agit donc plus d'une peine contre la femme qui se fait avorter, mais d'une simple désapprobation de cette pratique. Même ainsi conçu, ce texte ne paraît pas conforme à la législation hébraïque, et le savant com-

(12) FLAVIUS Joseph, *Contre Apion*. Texte établi et annoté par Théodore Reinach et traduit par Léon Blum. Paris, 1930, p. 94.

(13) « Τέχνα τρέφειν ἅπαντα προσέταζεν, καὶ γυναῖζιν ἀπέϊπεν μήτ' ἀμβλοῦν τό σπαρὲν μήτε διαφθεῖρειν ἄλλη μηχανῇ · τεκνοκτόνος γάρ ἂν εἴη ψυχὴν ἀφανίζουσα καὶ τὸ γένος ἐλαττοῦσα. »

mentateur de cette édition remarque que : « La loi ne renferme aucune disposition contre l'avortement et il est absurde d'interpréter comme telle la bénédiction inscrite dans l'Exode » (13).

Il est donc possible que Flavius Josèphe, qui, en écrivant cet ouvrage, ne faisait pas une œuvre de science mais d'action en plaidant la cause de son peuple et qui, d'ailleurs, ne professait pas un grand respect pour la vérité, ait voulu introduire dans la Morale Hébraïque des dispositions qui n'existaient pas en réalité. Mais il est plus probable encore que ce passage a été altéré après la mort de l'auteur.

En effet, les ouvrages de notre historien, négligés par les Juifs qui voyaient dans l'auteur un demi-rénégat, s'étaient conservés dans les milieux chrétiens ou ils ont subi de nombreuses interpolations, comme, par exemple, celle qui désignait Jésus de Nazareth comme le Christ annoncé par les prophètes. Il s'agit donc plutôt d'une source chrétienne que d'un monument hébraïque.

En ce qui concerne le chapitre qui nous intéresse, il est très probable que l'auteur y parlait des divers cas d'impureté en se référant au Lévitique, chapitre XII, et que les copistes chrétiens ont intercalé des gloses pour compléter le texte par les principes de leur religion. Ces gloses, comme il arrive souvent, ont peu à peu pénétré dans l'ouvrage en altérant son sens et en le rendant souvent inintelligible. Pour s'en tenir à notre chapitre, on voit, par exemple, que « le mari ne doit s'unir qu'à sa femme », tandis que tout le monde sait que seule la Morale chrétienne oblige l'homme à respecter la fidélité

(14) « Il n'y aura point dans votre terre de femme stérile et inféconde », *Exode*, XIII, 26.

conjugale. Il est donc clair qu'on ne peut attacher aucune importance à ce renseignement de Flavius Josèphe, le seul auteur prétendant que, chez les Hébreux, l'avortement était désapprouvé.

§ 4

L'Inde

Une autre ancienne législation qui nous est parvenue, mais dont l'influence sur nos idées n'est pas importante, c'est le livre sacré de l'Inde brahmanique. D'après la tradition, c'est Brahma lui-même qui avait composé ce livre dès le principe et Manou l'avait appris par cœur pour en faire la révélation aux hommes. Le Code a été conservé d'âge en âge par la tradition jusqu'au moment où il a été rédigé en vers dans la forme qu'il revêt maintenant. La question se pose de savoir à quelle date remonte cette rédaction. Sur ce point, les orientalistes ne sont pas d'accord. D'après une opinion, elle date du XIII^e siècle avant notre ère (1), d'autres la font remonter au V^e siècle seulement (2) et d'autres enfin lui assignent une origine encore plus récente.

La loi de Manou contient, relativement à l'avortement, la disposition suivante : « Il doit faire la même pénitence (celle de l'homicide) pour avoir tué un fœtus dont le sexe était inconnu, mais dont les parents appartenaient à la classe sacerdotale ou étaient *Kchatriya* (guerriers) ou *vaisya* (commerçants ou agriculteurs).

(1) CHÉRY, *Journal des Savants*, 1831. — LOISELEUR-DESLONGHAMPS, *La loi de Manou*, 1833.

(2) THONISSEN, *Le Droit criminel dans les livres sacrés de l'Inde*. Bruxelles, 1864.

Comme il résulte clairement de la dernière phrase : « dont les parents, etc. », la loi envisage ici le cas d'un avortement commis par un étranger. D'ailleurs, la peine prévue a un caractère purement religieux. Pour le père de la famille, la Loi indienne, qui apporte plusieurs limites à ses pouvoirs (3), reste muette en notre matière. C'est la même chose pour l'avortement commis par la mère et cependant un passage nous montre la fréquence de ces pratiques, et en même temps l'opinion du législateur qui les considère comme une preuve d'immoralité. Voici cette disposition : « On ne doit pas faire de libation d'eau pour les femmes qui adoptent les manières et le costume des hérétiques, ni pour celles qui mènent une vie déréglée, ou qui se font avorter, ou qui font périr leurs maris, ou qui boivent des liqueurs spiritueuses » (4).

La religion brahmanique dominée par les principes d'une Morale austère condamne toute immoralité, son idéal est l'abstinence et elle ressemble sur ce point singulièrement au Christianisme. « Qu'il ne se livre — dit la loi — avec passion à aucun des plaisirs des sens ; qu'il emploie toute son énergie mentale à surmonter un penchant excessif vers ces plaisirs » (5). Mais il reconnaît que « ce n'est pas une faute que de manger de la viande, de boire des liqueurs spiritueuses, de se livrer à l'amour dans les cas où cela est permis ; le penchant des hommes les y porte ; mais s'en abstenir est très méritoire », et il ajoute « Tout homme qui s'abandonne aux plaisirs des sens est tenu de faire une pénitence expiatoire (6).

(3) Ainsi le Livre VIII (§§ 299, 300) nous dit que le père qui abuse de la correction domestique est passible de la peine de mort.

(4) Livre V, § 89.

(5) Livre IV, § 16.

(6) L. XI. § 400.

Conformément à ces principes, la loi de Manou contient une longue série de peines pour la protection de la Morale et qui rappelle les peines appliquées par l'Eglise catholique pendant le moyen âge contre toute immoralité dans la vie sexuelle. Ainsi, on lit dans le livre VIII de Manou : « qu'on bannit après avoir puni de mutilations flétrissantes, ceux qui se plaisent à séduire les femmes des autres ; on coupe deux doigts à ceux qui se livrent à certains attouchements sur le corps d'une fille, etc. (7).

Dans une législation si scrupuleuse pour la protection de la Morale, on pourrait s'attendre à ce que l'avortement fût frappé au moins d'une peine religieuse. Certains auteurs ont cru trouver cette condamnation dans une disposition qui caractérise comme impure la femme qui vient de pratiquer un avortement (8).

Cependant, une simple lecture du texte de Manou prouve qu'il n'y a aucune conclusion à tirer de ce passage. La loi de Manou est un livre religieux qui règle toute la conduite de l'homme. En dehors des règles du Droit et de la Morale, diverses dispositions d'un caractère purement hygiénique y trouvent place. C'est dans cette dernière catégorie qu'entre tout ce qui concerne l'impureté à laquelle ne se rattache aucune idée de blâme, car on devient impur par des événements qui ne sont nullement volontaires. D'ailleurs, pour se purifier, il n'y a pas à subir de peines ou à faire des pénitences ; il suffit, le plus souvent, de prendre un bain (9). Le passage indiqué par ces auteurs appartient, à un

(7) THONISSEN, *op. cit.*

(8) Voyez dans ce sens René MONPIN, *L'Avortement provoqué dans l'antiquité*. Paris, 1918, et L. GALLIOT, *op. cit.*

(9) Par exemple on y voit qu'« une femme qui a ses règles se purifie en se baignant lorsque l'écoulement sanguin est arrêté. »

chapitre qui peut être rapproché du Pentateuque (Lévitique XII 2-5) et qui parle de « la purification à l'occasion d'une mort ou d'une naissance » et on ne peut pas croire que la femme qui vient d'accoucher doit être punie ; il s'agit donc de simples règles hygiéniques.

§ 5

La Perse

La religion des anciens Perses fut le Zoroastrisme dont l'Avesta est le Livre sacré qui retrace les croyances et les rites. Cette religion est certainement l'une des plus remarquables et des plus intéressantes qu'ait produites l'antiquité. Plusieurs siècles déjà avant notre ère, elle préoccupait les historiens et les philosophes de la Grèce.

Cependant, l'origine de ce culte, qui a joué pendant des siècles un rôle important en Asie se perd dans la nuit des temps. Quant au Livre sacré qui lui sert de base et dont la rédaction remonte au moins au iv^e siècle avant Jésus-Christ, on ne peut avoir de renseignements précis que depuis le vi^e siècle de notre ère. Un premier manuscrit de l'Avesta fut apporté en Europe pendant le xvii^e siècle, et en 1758 Anquetil put s'en procurer un exemplaire complet.

Mais le texte que nous possédons aujourd'hui est loin de reproduire l'œuvre primitive, il n'en est plus qu'une faible partie et, dans cette partie, tout n'est pas de la même époque. Au fond primitif sont venues s'adjoindre successivement des interpolations diverses. On a vivement discuté pendant tout le dernier siècle sur l'authenticité des livres avestiques, notamment parce que leurs

doctrines étaient le plus souvent contraires au bon sens et ce n'était point cela que l'on attendait de Zoroastre.

La partie la plus importante de l'Avesta est le Vendidâd, divisé en 22 chapitres ou fargards, qui est consacré à la législation civile et religieuse.

Le fargard XV du Vendidâd est, pour ainsi dire, un code criminel religieux. Il est possible qu'à l'origine, il ait été revêtu de la sanction du pouvoir civil, mais il est bien plus probable qu'il n'en eut jamais d'autre que celle de la conscience du fidèle.

Il y a dans le texte de ce fargard un certain désordre qui prouve qu'il n'est plus dans son état primitif. La première partie traite des cas où le fidèle devient « peshotanus ». Ce mot désigne celui qui a commis un des crimes les plus graves condamnés par la loi. Les crimes qui rendent un fidèle peshotanus sont au nombre de cinq : a) faire apostasier un fidèle, b) donner une nourriture nuisible à un chien de garde (le texte dit « donner à un chien des os difficiles à broyer ou une nourriture d'une chaleur brûlante »), c) frapper une chienne enceinte, d) avoir commerce avec une femme enceinte, e) avoir commerce avec une femme pendant le temps de ses règles. La seconde partie énumère les crimes les moins graves qui sont : a) exercer l'art de guérir après avoir fait mourir trois personnes, b) blesser un homme ou un chien dans le cas où l'auteur n'est pas sain d'esprit, c) provoquer l'avortement d'une fille.

Voici, en effet, comment s'exprime cette loi sur notre sujet :

§ 40, si un homme connaît une fille, sous puissance ou non, fiancée ou non et la rend mère ;

§ 41, si celle-ci déclare que cet enfant provient de cet homme.

§ 42, si ce dernier lui dit alors : fais venir et consulte une vieille.

§ 43, si cette fille fait chercher et consulte une vieille.

§ 44, et que cette vieille apporte des poisons.

§ 45, des médicaments propres à donner la mort au germe ou à l'expulser, ou quelques plantes propres à faire avorter.

§ 46, et dise à la fille : débarrasse-toi de cet enfant.

§ 47, si la fille se débarrasse de l'enfant.

§ 48, l'homme, la fille et la vieille sont également coupables de ce crime.

§ 49, si un homme connaît une fille.

§ 50, sous puissance ou non, fiancée ou non et la rend mère, il doit s'en constituer le protecteur, jusqu'à ce que l'enfant vienne au monde (2).

On peut dire que le Livre sacré du Zoroastrisme est le seul monument de l'antiquité qui contient une désapprobation formelle de l'avortement. Mais il ne faut pas perdre de vue, qu'il s'agit là d'une simple règle religieuse dictée probablement par le souci d'éviter les dangers qu'entraînent les pratiques abortives, et que le livre sacré n'envisage que le cas d'une fille qui, devenue enceinte, recourt à l'avortement. Quant à l'avortement commis par une femme mariée, cette loi ne dit rien ; elle se fie à la sagesse du père de famille. De plus, on ne sait rien de la date à laquelle ces sages dispositions qui prouvent un développement considérable de la Morale se sont incorporées dans le texte de l'Avesta. Selon toute vraisemblance, il faut voir là une interpolation qui date de plusieurs siècles après Jésus-Christ.

(2) Voyez *Le Livre sacré du Zoroastrisme*, traduit par C. DE HARLEZ, Paris, 1881, p. 160.

CHAPITRE II

L'AVORTEMENT CHEZ LES GRECS ET LES ROMAINS

§ 1

La Grèce

La philosophie grecque a joué un rôle capital dans l'évolution des idées sur notre question. C'est en Grèce, dans ce berceau de la philosophie, qu'est née l'idée métaphysique de l'animation du fœtus, laquelle, adoptée par les Pères de l'Eglise, a eu comme conséquence la condamnation de l'avortement par le Christianisme. Cependant, les Grecs n'avaient pas une opinion différente de celle des autres peuples païens sur l'avortement.

Habitant un petit territoire, peu fertile, ils envisageaient toujours la possibilité d'un excès de population capable d'amener la famine, et, pour cette raison, leur politique tendait à limiter l'augmentation du nombre des hommes libres pour que les esclaves fussent en état de leur fournir la subsistance. Parallèlement à l'œuvre de colonisation, rien ne fut négligé en ce qui pouvait empêcher la trop grande multiplication des enfants. Ce que nous appelons aujourd'hui malthusianisme, ou plu-

tôt néo-malthésianisme, n'a été dans l'antiquité nulle part formulé aussi nettement qu'en Grèce. Dans un de ses dialogues « LES LOIS », Platon nous dit : « si le nombre des filles ou des garçons était trop grand dans chaque famille, ou si, au contraire, il était trop petit, dans ces cas, le pouvoir que nous établirons sera chargé de prendre des mesures relatives à cette augmentation ou diminution de citoyens, et de faire en sorte qu'il n'y ait jamais ni plus, ni moins de cinq mille quarante familles. Il y a plusieurs moyens d'en venir à bout » (1). Aussi bien dans la « REPUBLIQUE » de Platon que dans la « POLITIQUE » d'Aristote, la procréation est minutieusement réglementée.

Parmi les moyens que ces auteurs indiquent pour maintenir l'équilibre de la population, figure notamment l'avortement qui est considéré comme une mesure naturelle et convenable pour arrêter l'augmentation trop rapide des naissances. Platon, traçant les lois de sa république idéale, rend obligatoire l'avortement de toute femme qui conçoit après l'accomplissement de sa quarantième année (Rep. liv. V) et Aristote nous dit : « quant au nombre des naissances, si les mœurs répugnent à l'abandon complet et qu'au delà du terme formellement imposé à la population, quelques mariages deviennent féconds, il faudra provoquer l'avortement avant que l'embryon ait reçu le sentiment et la vie ». (Pol. L. IV., chapitre XIV).

Un autre des dialogues de Platon nous montre jusqu'à quel point l'avortement était à Athènes une chose courante. Socrate, parlant des sages-femmes, nous dit : « Elles peuvent même, par des remèdes et des enchan-

(1) *Œuvres de Platon*, traduites par Victor COUSIN, t. VII, p. 284.

tements, éveiller les douleurs de l'enfantement ou les adoucir, délivrer les femmes qui ont de la peine à accoucher, ou bien faciliter l'avortement de l'enfant quand la mère est décidée à s'en défaire » (2).

On sait bien que les sages-femmes étaient fort considérées en Grèce ; la gynécologie et les accouchements étaient pratiqués presque exclusivement par elles, il était donc forcé que l'on s'adressât à elles pour obtenir l'avortement et l'interlocuteur de Socrate, quand il s'agit de ces deux besognes entrant dans les fonctions normales des sages-femmes, répond : « il est vrai », tandis que, quand Socrate parle d'autres occupations de celles-ci, moins courante, comme celle de négocier les mariages, le jeune Théétète dit : « Non, je ne le savais pas encore ».

A Sparte, où les mœurs étaient moins douces, il est probable qu'on préférerait à l'avortement l'infanticide. Dans cette ville, l'Etat s'était substitué au pouvoir paternel et par conséquent l'infanticide était pratiqué par les autorités ; tout enfant qui naissait était soumis à l'examen des anciens de la tribu, qui avaient sur lui droit de vie et de mort.

Il n'y a aucun doute, la pensée grecque ne voyait aucune immoralité dans les pratiques abortives et ceci était conforme aux idées philosophiques d'après lesquelles l'embryon n'était pas doué d'une vie propre.

D'après Platon, l'âme est formée en dehors de l'utérus et l'enfant l'aspire avec son premier souffle. Par conséquent, durant la grossesse l'embryon n'est qu'une partie du sein de la mère. Deux corps, pas plus que deux âmes, ne peuvent se trouver dans le même corps.

(2) *Op. cit.*, t. II, *Théétète*, p. 56.

Son disciple Aristote a formulé cependant la théorie célèbre de l'animation du fœtus pendant la grossesse. Dans son traité « De la génération des animaux », le philosophe stagyrite nous dit : « Il est impossible, en effet, de considérer l'embryon comme étant sans âme et absolument privé de toute espèce de vie ; car les spermes et les embryons des animaux vivent tout aussi bien que les graines des plantes et jusqu'à un certain point même, ils sont capables de fécondité. Il est donc évident qu'ils ont l'âme nutritive et que bientôt ils ont l'âme sensible ». Et peu après, il dit : « D'où vient l'intelligence ; à quel moment, de quelle manière vient-elle dans les êtres qui participent à cette sorte d'âme, c'est là une question des plus difficiles » (3).

Ainsi, d'après Aristote, il y a trois espèces d'âmes. L'âme nutritive, qui existait déjà en puissance dans les spermes, se trouve, dès le commencement de la conception, dans l'embryon qui a la vie de la plante ; peu après, l'âme sensitive qui fait l'animal, lui succède, et enfin, à un moment qui n'est pas déterminé, l'enfant acquiert l'entendement en devenant un être humain. Tandis que l'âme végétative et l'âme sensitive se produisent dans l'être, l'âme humaine seule vient du dehors et seule elle est divine car son action n'a rien de commun avec l'action du corps. Même d'après cette théorie, il n'est pas prouvé que le fœtus reçoive l'âme humaine avant sa naissance.

Mais la philosophie stoïcienne, dont l'influence était prépondérante sur la pensée grecque et romaine ne laisse aucun doute sur ce point.

(3) *Traité de la génération des animaux d'Aristote*, par J. BARTHÉLEMY. — St-Hilaire, Paris, 1887, p. 36, liv. II, ch. IV.

Plutarque nous apprend que, suivant l'opinion unanime des Stoiciens, l'embryon fait partie du sein de la mère d'où il tombe au moment opportun, comme les fruits, qui font partie des arbres, tombent quand ils sont entièrement mûrs (4). D'après les Stoiciens, le germe de l'être vivant contient un souffle vital, fragment de l'âme du générateur. Cette semence contient à son tour une raison séminale, c'est-à-dire la raison de la loi régulière et fatale suivant laquelle elle se développera, lorsqu'il rencontrera les conditions favorables. Le développement se poursuit en trois temps : développement embryonnaire, naissance, passage à l'état adulte. En restant aux deux premières phases, on voit que le développement de l'embryon est possible parce que le souffle vital se nourrit des émanations du sang maternel. Mais à ce moment ce souffle n'est pas encore une âme ; il n'a en effet, comme la nature végétative, que la fonction de croissance ; l'embryon croît à la façon d'une plante. Le souffle vital ne devient âme qu'à la naissance par son mélange avec l'air froid extérieur qui se fait à la première inspiration (5).

La clarté avec laquelle tous les auteurs s'expriment sur cette question ne laisse aucun doute sur l'idée que l'antiquité grecque avait de l'avortement. Et pourtant, la question de savoir s'il était ou non puni en Grèce a été l'objet de longues discussions. On a voulu de toutes pièces prouver que l'avortement y était puni.

Et voici les arguments sur lesquels on a voulu fonder cette affirmation : D'abord, un argument *a contrario* tiré des chapitres précités de la « République » et de la

(4) PLUTARQUE, *Opinion des philosophes*, V, 15.

(5) Voyez EMILE BRÉHIER, *Chrysippe*, ch. IV, Paris, 1910.

« Politique ». Platon, dit-on, prévoit l'avortement pour toute femme ayant plus de 40 ans, ce qui permet de croire qu'il ne le considère comme licite que dans cette hypothèse seulement. Aristote, ajoute-t-on, admet l'avortement lorsque les magistrats l'ordonnent ou qu'à raison de la densité de la population qui n'est plus en équilibre avec les moyens de subsistance, il devient nécessaire d'y recourir. Qu'est-ce à dire, sinon que l'avortement, en règle générale, était réprimé ? (6). Il est difficile de comprendre le sens de cet argument. Les philosophes grecs, dans les hypothèses particulières qu'ils prévoient, considèrent l'avortement comme obligatoire, or, le contraire de l'obligation, ce n'est pas l'interdiction, mais la faculté ; c'est-à-dire qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'avortement ne serait pas obligatoire. La question qui nous intéresse, c'est de savoir si, aux yeux des Grecs, l'avortement était considéré comme un acte criminel. Or, cela n'est pas possible. Car, si cela était, les grands moralistes n'oseraient pas en faire dans certains cas une institution légale.

Puis vient le fameux serment d'Hippocrate qui se trouve en tête de ses ouvrages et dans lequel il semble que le père de la Médecine promette de ne jamais donner à une femme de médicaments abortifs.

On a beaucoup discuté sur ce serment qui se trouve en contradiction avec les ouvrages d'Hippocrate dans lesquels lui-même nous indique les procédés qu'il employait pour provoquer l'avortement. C'est ainsi qu'il dit : « Une femme de ma connaissance ne voulait pas devenir grosse afin de ne pas perdre de son prix. Je lui

(6) Voyez D'AGUESSEAU, *Œuvres*, t. V. — MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, t. I, p. 669 et s. — Félix ALLEMANE, *op. cit.*, p. 51 et les auteurs y mentionnés.

ordonnai de sauter de manière que les talons touchâssent les fesses ; elle avait déjà sauté sept fois lorsque la semence tomba à terre avec bruit » (7).

Le Docteur Klotz-Forest prétend qu'Hippocrate exigeait ce serment de ses élèves afin qu'ils ne fassent point concurrence aux sages-femmes. D'après une autre opinion qui est beaucoup plus répandue, Hippocrate distinguait entre les diverses périodes de la grossesse et il ne pratiquait ces manœuvres que peu de temps après la conception (8).

Il semble, en réalité, que les Grecs distinguaient entre l'avortement fait au commencement de la grossesse par des manœuvres ayant pour but de « dissoudre la semence et provoquer la menstruation », et l'avortement qui se pratique quand l'embryon est déjà développé. Aristote, dans son « Histoire des Animaux » (Livre VII, chapitre III, § 8), nous apprend que la plupart des embryons sont détruits dans les premiers quarante jours de la conception.

Mais si, en Grèce, on évitait de prendre des médicaments abortifs quand la grossesse était déjà avancée, ce n'était pas par scrupule de conscience mais pour prévenir les immenses dangers corporels qui résultent de leur absorption. Voici comment Hippocrate décrit ces périls : « Les dangers sont plus grands pour la femme qui avorte, les avortements étant plus pénibles que les accouchements. Il n'est pas possible en effet qu'il n'y ait pas violence dans l'expulsion de l'embryon, soit par des pesaires, soit par toute autre cause. Or, la violence est mau-

(7) HIPPOCRATE, *Œuvres complètes*, t. VII, p. 491.

(8) Voyez dans ce sens : D'AGUESSEAU, *op. cit.*, 444. — Félix ALLEMANE, *op. cit.*, p. 51. — Ch. RIOUFOL, *op. cit.* — S. DU MORIEZ, *L'avortement ; ses conséquences au point de vue de la dépopulation en France*. Paris, 1912.

vaïse, amenant le risque de l'ulcération ou de l'inflammation de la matrice, ce qui est très périlleux » (9).

Il n'est donc pas impossible de supposer que le père de la Médecine promettait de ne pas exposer à un tel danger une femme dont la grossesse serait bien avancée. Mais il est plus probable que ce serment, qui se trouve à plusieurs reprises en contradiction avec l'ouvrage qui sert de préambule, est tout simplement supposé.

Ensuite, les auteurs qui prétendent que l'avortement était puni en Grèce, invoquent un discours de Lysias dont on ne connaît à peu près que le titre : « Contre Antigène, de l'avortement » « Περὶ τῆς Ἀμβλώσεως ». L'existence de ce discours prouve, disent-ils, que l'avortement était matière à discussion devant les tribunaux. Ceci, en effet, est indiscutable, mais qui peut nous affirmer qu'il ne s'agit pas d'un tiers poursuivi pour avoir déterminé l'avortement d'un enfant sans le consentement de la femme enceinte ?

Pour la Grèce de l'Asie-Mineure, en se fondant sur un célèbre passage de Cicéron, on affirme que là, sans aucun doute, la femme qui se faisait avorter était condamnée à mort, et pourtant il n'en était nullement ainsi.

Cicéron, dans son discours intitulé « *Pro Cluentio* », plaide contre un malfaiteur appelé Opiniacus qui, parmi les autres crimes qu'il avait commis, avait empoisonné, pour recueillir une succession, la veuve de son frère, qui se trouvait enceinte, et dans cette plaidoirie, il cite, tout à fait incidemment, le cas suivant : « Je me souviens, dit-il, que pendant mon séjour en Asie, une femme de Milet, gagnée par des héritiers subrogés, avait pris des

(9) HIPPOCRATE, *Des Maladies des Femmes*, I, § 72, p. 153.

potions qui la firent avorter et fut condamnée à la peine capitale, très justement, à mon avis, puisqu'elle avait étouffé dans son sein l'espérance d'un père, le soutien de son nom et de sa race, l'héritier de sa maison et un citoyen promis à la République » (10).

Ceci montre bien que le crime de cette femme qui s'était fait avorter en fraude des droits de son mari, était un crime à l'adresse, non pas du fœtus détruit, mais du mari qui était privé de son héritier. Et Cicéron, comparant cet acte à l'affaire en cause, ajoute : « Combien plus atroce est le crime d'Oppiniacus quoique de la même espèce ! Car enfin cette femme, en déchirant ses entrailles, a tourné sa cruauté contre elle-même, mais Oppiniacus est parvenu à la même fin par le meurtre et l'empoisonnement qu'il a exercé non sur lui, mais sur autrui ». Cette dernière phrase est caractéristique de l'opinion de l'antiquité gréco-romaine d'après laquelle le fœtus n'est qu'une partie du corps de la femme.

Enfin on invoque un passage de Gallien dans lequel il affirme que l'avortement est puni par Solon et Lycurgue (11), mais cette affirmation du célèbre médecin grec, qui a vécu au second siècle après J.-C., est singulièrement vague. Il s'agit probablement des mesures prises par le législateur dans l'intérêt des parents.

Devant la faiblesse des arguments ci-dessus énumérés, la plupart de ceux qui ont écrit sur notre sujet reconnaissent que l'avortement en Grèce n'était pas puni par la loi. Cependant plusieurs d'entre eux prétendent que ceci est vrai seulement pour la période précédant l'animation du fœtus (12).

(10) CICÉRON, *Pro Cluentio*, § XI.

(11) Gallien, t. XIX, p. 177.

(12) THONISSEN, *Le Droit pénal de la République Athénienne*. Bruxelles, 1875, p. 257 et s. — MERLIN. — R. MONPIN. — M. ACHARD, *op. cit.*

L'argument presque unique en faveur de cette distinction est le passage précité de la « Politique » dans lequel Aristote dit qu'il faut provoquer l'avortement « avant que l'embryon ait reçu le sentiment et la vie » et il ajoute que, suivant que cette condition est ou non remplie, l'avortement est ou non permis.

« Τὸ γὰρ ὅσιον καὶ τὸ μὴ, διωρισμένον τῇ αἰσθήσει καὶ τῷ ζῆν ἔσται ».

On en a conclu que l'avortement commis après l'animation du fœtus entraînait une peine et à la formation de cette opinion a contribué la traduction peu exacte du mot « ὅσιον » . donnée par Barthélemy-Saint-Hilaire d'après laquelle ce passage est ainsi conçu : « Le crime ou l'innocence de ce fait, ne dépend absolument que de cette condition ».

Comme le remarque très justement Legraverend dans son *Traité de la législation criminelle*, « on ne voit pas du tout ce qui aurait pu donner lieu à une pareille distinction car dans l'un et dans l'autre cas le résultat de l'avortement est le même ». En effet, cette distinction peut être conforme à des dogmes religieux connus aujourd'hui, mais elle ne peut pas trouver place dans la pensée païenne. Ces auteurs oublient que Platon et Aristote prescrivent même positivement de laisser mourir de faim les enfants nés d'un commerce incestueux et ils conseillent l'abandon pour les enfants mal conformés. Ce n'est donc pas par un scrupule religieux qu'Aristote interdit l'avortement quand la grossesse est avancée, mais pour éviter les dangers courus par la femme.

§ 2

Le Droit romain

C'est un fait généralement admis aujourd'hui que le Droit romain n'a jamais accordé une protection spéciale à la vie embryonnaire. Si on y trouve depuis le III^e siècle après J.-C., quelques rares dispositions sur ce sujet, ce n'est que pour protéger les droits du père.

Cette inexistence de toute sanction pénale de l'avortement doit être expliquée notamment par l'idée que les *nasciturus* n'est pas un être humain. Il est bien connu que les Romains, s'attachant à la philosophie stoïcienne, considéraient l'enfant conçu comme une partie de la femme « *partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* ».

En dehors de cette explication qui est en elle-même suffisante, pour mieux comprendre l'esprit du Droit romain en notre matière, il faut prendre aussi en considération l'étendue des droits du chef de famille et la nature de ces droits.

Tandis que la conception moderne voit dans les droits de famille un simple moyen pour faciliter l'accomplissement des devoirs correspondants, à Rome, ces droits existent au profit de celui qui les possède de la même façon que les droits patrimoniaux. Et chez aucun peuple de l'antiquité, le pouvoir du chef de famille n'a été aussi étendu qu'à Rome.

Les enfants, comme tous les autres éléments de la famille, étaient, d'après le Droit romain, des *res Mancipi* sur lesquels le *paterfamilias* avait un plein droit de propriété. La loi des Douze Tables lui donne une entière

puissance : « *Patrie endo fidium joustom vitai necisque potestas estod* ». Dans un autre passage, elle confirme le droit de vendre les enfants jusqu'à trois fois. Le père peut également les enchaîner et les faire travailler avec ses esclaves. Comme dit Mommsen : « L'homme libre en puissance est traité par celui qui a la puissance sur lui comme esclave, c'est-à-dire comme sa chose. Le droit de vie et de mort de l'ascendant sur chacun des descendants en sa puissance est une émanation du droit de propriété pleinement reconnu à l'époque historique. Ce droit est encore admis assez tard à l'époque impériale » (1).

Un droit analogue existait au profit du mari sur sa femme soumise à la *manus*. La puissance maritale lui donnait le droit de disposer de sa femme et, par conséquent, il avait la possibilité de la faire avorter quand bon lui semblait. Témoin ce passage d'une pièce du III^e siècle avant l'ère moderne. « Elle te cachait sa grossesse, craignant que tu ne la forcasses à recourir à un avortement et à tuer l'enfant qu'elle portait dans son sein » (2).

On prétend souvent qu'en ce qui concerne l'ancien Droit romain, l'impunité de l'avortement doit être expliquée par le fait que la Rome primitive avec ses mœurs saines et austères, inaccessibles aux vices, n'avait pas connu ces pratiques.

Nous avons suffisamment montré dans les chapitres précédents que dans les sociétés primitives, l'avortement ne se présente pas comme une conséquence des mœurs débauchées, mais comme un besoin de proportionner le nombre des habitants aux ressources du pays.

(1) MOMMSEN, *Manuel des antiquités romaines*, t. XVIII.

(2) PLAUTE, *Truculentus*, I, 11, 99.

Si, à l'origine de Rome, l'avortement n'était pas fréquent, c'était parce que le malthusianisme était pratiqué au moyen de l'infanticide ; et, en effet, on voit que, si le législateur garde le silence sur l'avortement, au contraire il réglemente l'exercice de cette pratique. Denys d'Halicarnasse (3) nous signale une espèce de Code particulier sur l'exposition et le meurtre des enfants qu'il attribue au premier roi de Rome. D'après cette loi, les enfants bien constitués devaient être conservés trois ans. Au bout de ce temps, le père avait le droit de tuer les filles moins une pour faire souche ; il devait respecter les enfants du sexe masculin. Quant aux monstres, s'ils étaient reconnus comme tels par cinq voisins, le père pouvait s'en débarrasser dès leur naissance. Celui qui transgressait cette loi était condamné à perdre au profit du trésor de guerre la moitié de ses biens.

Il est probable que cette loi était abrogée à l'époque des Douze Tables où les droits du père se présentent comme illimités. A cette époque de luttes continuelles, le chef de famille se trouvait très souvent, à cause des grandes difficultés de l'existence, dans la nécessité de limiter le nombre de ses enfants.

Quand, plus tard, Rome eut triomphé du monde entier et que des richesses innombrables furent transportées en Italie, le peuple romain n'en eut pas moins besoin de limiter le nombre de ses enfants, car ces richesses, au lieu d'être équitablement réparties, étaient devenues la proie d'un certain nombre de gros commerçants, de banquiers et d'hommes politiques. Vers la fin de la République, la misère du peuple romain était immense et cette misère affreuse condamnait les enfants à la mort. D'un autre

(3) Denys d'HALICARNASSE, *Antiq. roman.* L. II et IX.

côté, les ploutocrates, ayant amassé des fortunes immenses, se livraient à toutes les débauches et sacrifiaient leurs enfants à la volupté.

L'infanticide restait toujours une pratique courante. « Si je demande à ce peuple, disait Tertullien, qui a soif du sang des chrétiens, de déclarer combien il y en a parmi eux qui n'ont pas tué quelqu'un de leurs enfants au moment de leur naissance, que répondra leur conscience ? » (4).

La débauche n'avait pas de frein. La maternité n'était plus qu'une gêne, on la craignait, on l'évitait le plus possible. Eviter l'accouchement était la grande préoccupation des Romaines, car un accouchement déforme toujours le corps et met obstacle aux orgies. C'est pour cette raison que, si par malheur, une grossesse se déclarait, on recourait aux manœuvres abortives. A cette époque, l'infanticide était détrôné par l'avortement. Dans la littérature romaine, on en parle comme d'une habitude normale et dans le théâtre, il se présente comme une chose à la mode dont le palais des empereurs donnait l'exemple. Juvénal, dans ses « Satires » pleines d'indignation contre les vices de Rome, se plaint que les riches matrones n'accouchent plus ! (5).

L'augmentation excessive du nombre des avortements à la fin de la République devint un péril pour l'existence même de Rome et le législateur, se rendant compte de ce danger, prit de nombreuses mesures pour encourager l'augmentation des naissances, mais il n'usa que de moyens indirects. Non seulement il s'abstint de toute interdiction de l'avortement mais il n'osa attaquer d'une

(4) TERTULL., *Apologet.*, cap. IX.

(5) JUVÉNAL, *Sat.*, IV, vers 593 et s.

façon directe même l'infanticide, ces pratiques ayant pris de trop profondes racines. Il faut attendre le premier Empereur chrétien pour trouver une condamnation formelle du meurtre des enfants.

Nous n'ignorons pas que dans le Digeste (ad. leg. Pomp. de Parr.) Marcien rapporte un châtimement prononcé par l'Empereur Adrien contre un père qui avait tué son fils, mais il s'agit d'un fait isolé qui d'ailleurs n'est pas dû à un sentiment de pitié pour l'enfant tué, mais à l'idée que César était le seul maître de ses sujets. On sait que les Empereurs ont voulu amoindrir la puissance paternelle pour sauvegarder leur pouvoir. Comme dit M. Cuq : « La puissance paternelle était alors considérée comme un privilège que l'Empereur pouvait accorder ou refuser ».

Jusqu'à présent nous avons parlé de l'avortement légal, pratiqué du commun accord des deux parents, mais qu'arrivait-il au cas où une femme se faisait avorter contre le gré de son mari, ou si l'avortement était l'œuvre d'une autre personne ?

En ce qui concerne l'Ancien Droit, il n'existe aucune difficulté. Le mari trouvait dans son autorité des moyens suffisants de protection ; il pouvait tuer sa femme ou lui infliger une autre peine quelconque. Quant à ses complices ou à ceux qui avaient de leur propre gré, fait avorter la femme, le mari se faisait justice lui-même. Quand, plus tard, la composition remplaça la vengeance, une action pécuniaire *ex delicto* fut donnée au mari.

Ce que nous venons de dire du mari doit être appliqué également au père dans le cas d'une fille non mariée *alieni juris*. Au contraire, une femme *sui juris* avait pleinement le droit de se faire avorter. A Rome, l'avortement d'une femme non mariée n'a été l'objet d'aucune

mesure législative ; on le considérait comme une affaire privée.

Quand, plus tard, les droits du chef de famille furent limités et que notamment, dans le mariage *sine manu*, le mari n'eut plus aucun droit sur la personne de sa femme, le législateur fut obligé de venir à son secours et de punir, depuis le III^e siècle après J.-C., l'avortement commis à l'insu du mari soit pour cacher une faute, soit par aversion contre lui ou pour toute autre raison.

A cette époque, tout crime nouveau auquel il n'était pas possible d'appliquer les lois anciennes fut placé, par les empereurs, parmi les crimes *extraordinaires* qui étaient jugés même au fond par le magistrat. Cette procédure n'avait pas de formes solennelles et les peines n'étaient pas déterminées d'avance.

Le Digeste nous a conservé les éléments de cette répression, laquelle, interprétée d'une façon conforme aux idées chrétiennes, a servi de fondement à la répression de l'avortement jusqu'à la Révolution Française.

Ces textes que nous sommes obligés de reproduire littéralement pour montrer combien ils ont été altérés pendant de longs siècles sont les suivants :

1) Loi 39. — Livre 48, titre XIX « *Des peines* ».

« Cicéron, dans un plaidoyer pour Cluentius-Avitus, a écrit que lorsqu'il était en Asie, une femme de Milet, ayant reçu de l'argent des héritiers substitués à son fils, s'était fait avorter par des médicaments, et avait été condamnée à mort. Mais si quelque femme, après son divorce, étant enceinte, a fait violence à ses entrailles pour ne pas donner un fils à son mari qu'elle haïssait, elle doit être punie d'un exil à temps, comme l'a décidé un rescrit de nos très-excellents empereurs » (Tryphoninus au livre 10 des Discussions).

2) Loi 4, Livre 47, titre XI « *Des crimes punis arbitrairement* ».

« Les empereurs Sévère et Antonin ont ordonné par un rescrit, qu'une femme qui s'est fait avorter, doit être envoyée par le gouverneur en exil pour un temps ; car il peut paraître indigne qu'impunément elle prive son mari d'avoir des enfants ». (Marcien au livre I « des Règles »).

3) Loi 8, Livre 48, titre VIII « *De la loi Cornelia* ».

« S'il est constant qu'une femme ait fait violence à ses entrailles pour se faire avorter, le gouverneur de la province la condamnera au bannissement » (Ulpien au livre 33 sur l'Edit).

Il est évident que la loi 39 « *De poenis* » et la loi 4 « *De extraordinariis criminibus* » parlent du même rescrit des Empereurs Sévère et Antonin, car Tryphoninus en disant « de nos très-excellents empereurs » ne pouvait faire allusion qu'à ces empereurs sous lesquels il a vécu.

En vertu de ce rescrit, une femme qui, par haine de son mari s'était fait avorter, fut condamnée à un exil temporaire. Mais tandis que Tryphoninus fait une distinction d'après le motif qui a poussé la mère à perpétrer son crime et prévoit la peine capitale pour celle qui se fait avorter par cupidité, Marcien parle sans distinction de la peine de l'exil à temps.

Il faut supposer avec la plupart des auteurs, que la Jurisprudence romaine faisait la distinction mentionnée par Tryphoninus en punissant plus sévèrement la femme qui se faisait avorter *ab heredibus secundis accepta pecunia* ou par quelque autre motif d'intérêt. Tryphoninus, dans la loi 39, a marqué la véritable espèce dans laquelle

le jugement avait été prononcé sans faire de ceci une règle générale, au lieu que Marcien a généralisé ce cas particulier.

On peut dire la même chose de la loi 8 *Ad legem corneliam* qui est aussi générale, prononçant pour tous les cas la peine de l'exil. Cette loi doit être également restreinte à l'espèce particulière de la loi 39 (6).

D'Aguesseau (7), tout en admettant la distinction ci-dessus, ajoute : « Il est honteux pour la Jurisprudence romaine, que des Jurisconsultes éclairés aient pu suivre une distinction si contraire à la nature ». Pour lui chrétien, il est illogique d'apprécier le meurtre d'un enfant par sa mère, d'après les sentiments de celle-ci envers son mari, mais d'Aguesseau oublie que les jurisconsultes du III^e siècle se plaçaient à un tout autre point de vue. Pour eux, comme dit Ulpien, « l'enfant qui est dans le sein de sa mère forme avant sa naissance une portion de ses entrailles » (8) et Papinien ajoute « qu'on ne peut regarder comme un homme l'enfant qui est encore dans le sein de sa mère » (9). Dans la pensée romaine, il n'existe donc dans ce cas qu'un crime contre le mari et par conséquent il est parfaitement équitable de tenir compte du mobile qui a poussé la femme à se faire avorter. Une femme qui, ayant été cruellement répudiée par son mari, détruit les résultats de ses œuvres, il est juste qu'elle soit moins punie qu'une autre qui, pour une somme d'argent, trahit la mémoire d'un mari par lequel elle fut toujours aimée. On peut donc conclure qu'à partir de l'époque des Empereurs Sévère et Antonin l'épouse

(6) Voyez sur ce point *infra*, p.

(7) *Œuvres*, t. V, p. 444 et s.

(8) ULPYEN au liv. 24 sur l'*Edit.* (D. loi I L. 25, t. IV).

(9) PAPINIEN au liv. 19 *Des Questions* (D. loi 9 L. 35, t. II).

qui, sans le consentement de son mari, se faisait avorter, était punie d'une peine arbitraire qui variait d'après le mobile qui avait déterminé cet acte.

Pour l'avortement commis par des étrangers, le Digeste nous a conservé la loi suivante : Loi 38, § 5, Livre 48, titre XIX « Des peines ».

« Ceux qui donnent un breuvage pour faire avorter, ou pour opérer sur l'amour, quoiqu'ils ne le fassent pas par dol, cependant, parce que la chose est d'un mauvais exemple, sont condamnés, les gens du bas peuple aux mines, les personnes les plus distinguées à être reléguées dans une île, avec privation d'une partie de leurs biens. Que si par ce breuvage une femme ou un homme a péri, ils sont punis du dernier supplice ». (Paul au livre 5 des Sentences).

Cette loi appartient à une série de dispositions contre ceux qui vendent des substances vénéneuses, des filtres dangereux, etc... Dans le titre VIII du livre 48 du Digeste, sous la rubrique « Loi Cornélia sur les assassins et les empoisonneurs », on trouve par exemple un senatus-consulte qui a condamné à l'exil une femme « qui sans mauvaise intention, mais en donnant un mauvais exemple, avait fait prendre, pour procurer une conception facile des médicaments qui avaient causé la mort » (10).

Il n'est donc pas étonnant que, dans la loi 38 § 5, le législateur prévoie des peines contre celui qui administre des substances abortives. Ce que la loi veut punir, ce n'est pas l'avortement en lui-même, mais le fait de fournir des breuvages nuisibles à la santé et pour cette raison, elle traite en même temps et de la même façon celui qui donne une substance abortive et celui qui procure un

(10) D. loi 3, § 2, L. 48, t. VIII.

philtre d'amour. Dans les deux cas, la peine est celle des mines ou de la relégation si les résultats dangereux ne se réalisent pas, celle de mort si la personne qui a fait usage de la drogue meurt.

De cette législation, dont le but essentiel est de protéger les individus qui, dans un but quelconque, utilisent imprudemment des substances nuisibles, on ne peut rien conclure quant aux idées des Romains sur l'avortement. Cependant, c'est cette dernière loi qui seule pourrait servir de fondement à ceux qui veulent affirmer que le Droit romain depuis le III^e siècle, en assimilant l'avortement au meurtre, lui inflige les peines les plus graves.

On verra plus tard de quelle façon la loi précitée fut interprétée par les juristes de l'Ancien Régime et par la plupart des auteurs contemporains. Ainsi par exemple, M. F. Montier (11) se demande pour quelle raison le Droit romain ne dit rien, au cas où l'auteur de l'avortement est le père de l'enfant, mais sans hésitation, il répond : « Nous devons en conclure que celui-ci n'est ni plus ni moins puni qu'un étranger » et il nous apprend qu'il y a certains auteurs qui prétendent que l'avortement commis par le père était considéré comme parricide et non comme meurtre ! Faire des raisonnements semblables, c'est méconnaître totalement l'esprit du Droit romain.

Il faut conclure sans hésitation qu'aussi bien dans la civilisation gréco-romaine que dans celle des peuples orientaux, l'avortement était une pratique légale.

(11) *Op. cit.*, p. XXV.

Deuxième Partie

La répression de l'avortement dans les sociétés chrétiennes

CHAPITRE PREMIER

LA LÉGISLATION DE L'EGLISE

§ 1^{er}

Les idées du Christianisme sur l'avortement

Le Nouveau Testament ne contient rien en ce qui concerne notre sujet, cependant l'Eglise chrétienne, dès son origine, condamne l'avortement d'une façon formelle. Il faut donc se demander d'où les Pères de l'Eglise ont tiré leur doctrine si contraire aux idées que nous avons étudiées jusqu'à présent.

La cause de ce fait est double; d'une part, elle est le résultat des idées du Christianisme sur la Morale; d'autre part, de ses idées métaphysiques.

Le Christianisme, en face de l'immoralité profonde de son époque, a voulu assainir l'humanité souffrante. Mais, en réagissant contre la perversion des mœurs de ses contemporains, il aboutit à condamner tous les plaisirs matériels, son idéal devint l'abstinence.

La vie de ce monde n'est qu'une épreuve pour la vie

~

éternelle. Le corps est une prison dans laquelle l'âme est enfermée pour un court séjour ; heureux celui qui a pu maîtriser ses passions et qui a réussi à ne pas laisser la chair pécheresse souiller son âme en la rendant ainsi pure au Créateur !

L'amour corporel est en lui-même un péché, il ne peut être toléré que lorsqu'il a pour but la procréation. Le mariage même se présente dans les épîtres de Paul comme un mal nécessaire : « Mariez-vous, dit-il, si vous ne pouvez garder la continence, car il vaut mieux se marier que se brûler » et Tertullien, commentant ces paroles de l'Apôtre dans son « Exhortation à la Chasteté », dit : « Si une chose n'est déclarée bonne que par comparaison avec un mal, je la tiens moins pour une chose bonne que pour un mal inférieur qui, obscurci par quelque mal plus grand, est décoré du nom de bien » (1). Et, en effet, l'Eglise a réservé pour ses élus le célibat.

En dehors du mariage, toute union sexuelle est condamnée. Si deux personnes libres de lien commettent un acte pareil, même en ayant l'intention d'enfanter, ils sont coupables d'un crime grave : la fornication. Saint Thomas donne à ce sujet la raison suivante : Les actes de la génération ont pour but non seulement de procréer le corps de l'enfant, mais de pouvoir permettre son instruction et son éducation morale ; par conséquent, c'est seulement dans le sein de la famille que ce but peut se réaliser (2).

Dans son Epître Première aux Corinthiens, l'Apôtre excluait du ciel ceux qui se livraient à la fornication et l'Eglise, fidèle à ces commandements à l'heure actuelle, considère la fornication comme un crime plus grave que

(1) TERTULLIEN, *Œuvres*, trad. par M. GENOUDE, t. II, p. 357 et s.

(2) SAINT THOMAS, *Sum. Theol.*, IIa, IIæ, qu. CLIV.

le vol, comparable seulement à l'homicide. Dans le Dictionnaire de Théologie Catholique, nous lisons : « Par son attentat, l'assassin s'attaque à la vie présente, réelle de la victime. Le fornicateur ne met en péril que l'existence régulière d'une créature à venir. En outre le forfait commis par l'homicide est irréparable ; les conséquences de la fornication peuvent se réparer tant au point de vue moral que matériel. Pourtant la fornication simple est plus gravement coupable que le vol » (3).

Mais l'acte de génération accompli en dehors du mariage, est un péché moins grave que l'assassinat à la condition que les coupables ne fassent rien pour empêcher son résultat normal. Si, au contraire, ils prennent des mesures pour anéantir les œuvres de la nature, ils commettent un péché mortel qui ne diffère en rien de l'homicide. Saint Augustin, le plus célèbre des Pères de l'Eglise Latine, a dit : « Toute femme qui fait en sorte qu'elle ne puisse engendrer autant d'enfants qu'elle pourrait, se rend coupable d'autant d'homicides, de même que la femme qui cherche à se blesser après la conception » et il assimilait aux prostituées les femmes mariées qui essayaient de se prémunir contre la grossesse.

Kant, interprétant la Morale chrétienne dans ses « Eléments métaphysiques de la doctrine de la vertu », se demande si l'homme a le droit d'user de ses facultés sexuelles pour le seul plaisir physique et sans égard au but pour lequel elles lui ont été données et il dit : « La fin de la nature dans la cohabitation des sexes est la propagation, c'est-à-dire la conservation de l'espèce ; on ne doit donc pas au moins agir contre cette fin. Mais est-il permis de se livrer à cette cohabitation sans avoir égard

(3) *Dictionnaire de Théologie catholique*, au mot « fornication ».

à cette fin (par exemple pendant le temps de la grossesse) » ? Le grand philosophe donne même à cette question une réponse négative.

Il est donc évident qu'une Morale si austère ne peut, en aucune façon, tolérer l'avortement. Tandis que pour les peuples païens, l'avortement se présentait comme inévitable pour lutter contre la surpopulation, dans les Sociétés chrétiennes, il n'existe aucun besoin de pareilles pratiques. L'acte de génération n'est permis que dans le mariage et, même entre époux, les relations ne sont pas libres. Lactance, le grand apologiste du iv^e siècle disait : « Si quelqu'un ne peut, par pauvreté, élever ses enfants, mieux vaut qu'il contienne sa chair » et c'est le même esprit qui domine une récente encyclique du Saint-Siège d'après laquelle le mariage doit être scellé « du sceau de la chasteté ».

Quant aux idées métaphysiques, le Christianisme en notre matière se rapproche de la philosophie d'Aristote dont les principes ont pénétré dans l'enseignement de l'Eglise, notamment par la version grecque de la Bible, la Septante.

En parlant de la législation hébraïque (4), nous avons dit qu'à l'époque des successeurs d'Alexandre le Grand, la Bible fut traduite en langue grecque à l'usage des Hébreux hellénisés et nous avons expliqué combien la version grecque diffère de la Bible originale.

Les 72 interprètes du iii^e siècle, entre les différentes modifications qu'ils ont apportées à la législation mosaïque, ont totalement changé l'alinéa 23 du chapitre XXI de l'Exode. Nous avons vu que cet alinéa, dans la Bible hébraïque, est ainsi conçu : « Mais si la femme en meurt,

(4) *Supra*, p. 31.

le coupable rendra vie pour vie, œil pour œil, dent pour dent », tandis que le même alinéa de la Septante dit : « Si l'enfant était formé, le coupable rendra âme pour âme, œil pour œil, dent pour dent, etc... » Et, pour que l'addition soit complète, dans l'alinéa précédent, ils ont changé la phrase : « qu'elle accouche d'un enfant mort sans qu'elle meure elle-même » par la phrase « et que son enfant sorte non formé ».

De cette façon, au lieu de la distinction traditionnelle des peuples sémitiques entre l'avortement simple et celui qui a comme conséquence la mort de la femme, les interprètes de l'époque macédonienne ont introduit, sous l'influence du philosophe stagyrite, compatriote et précepteur d'Alexandre, la distinction entre l'avortement d'un enfant dans lequel l'âme raisonnable n'a pas encore pénétré et celui d'un enfant possédant déjà les qualités humaines.

L'interpolation est évidente. La Bible hébraïque applique la loi du Talion dans le cas où les individus en lutte tuent la femme enceinte ou lui brisent un membre ; mais comment peut-on appliquer cette loi qui suppose une punition pareille à l'offense, lorsqu'il s'agit d'un fœtus ? Si on peut rendre âme pour âme pour la destruction d'un fœtus animé, comment peut-on supposer que ces individus cassent les dents d'un fœtus ou lui crèvent un œil pour lui infliger la même peine ?

C'est pourtant dans ce passage que les premiers Pères de l'Eglise, plongés eux aussi dans la philosophie d'Aristote, ont trouvé le fondement de leur doctrine d'après laquelle le fœtus animé ne diffère en rien d'un enfant déjà né.

Pour la religion chrétienne, l'âme créée par Dieu s'unit au corps de l'enfant conçu. Cette animation qui

se fait en un instant ne peut être placée ni avant la conception ni après l'accouchement comme le croyaient les philosophes grecs (5). Tertullien, pour réfuter les idées de Platon, s'adresse aux femmes et il dit : « Sentez-vous dans l'enfant que vous portez une vie étrangère à la vôtre ? D'où vient le mouvement de vos entrailles ? » Et il ajoute : « Regardez les enfants des saintes femmes non seulement respirant mais prophétisant déjà dans les entrailles vivantes de leurs mères. Voilà que les flancs de Rébecca tressaillent quoique l'enfantement soit encore éloigné et qu'il n'y ait aucune impulsion de l'air » (6).

Cette question ainsi résolue, une conséquence en découle tout naturellement : L'âme possédée par le fœtus, comme toute âme qui vient au monde, est chargée du péché originel. Par conséquent, l'avortement prive l'enfant, non seulement de la vie actuelle, mais — ce qui est plus grave — il le fait mourir sans être baptisé, dans la damnation éternelle. Pour le Christianisme, qui se préoccupe davantage de l'âme du fœtus que de son existence temporaire, l'avortement est un crime plus grave que l'infanticide, lequel au moins peut respecter les intérêts spirituels de l'enfant.

L'idée que l'âme du fœtus avorté est privé de la vie éternelle remonte jusqu'au premier siècle du Christianisme.

Depuis 1892, nous possédons une grande partie de l'Apocalypse attribuée à l'Apôtre Pierre, qui est analogue à celle de Saint Jean. Dans cette Apocalypse, qui est rejetée aujourd'hui parmi les apocryphes, mais dont nous savons qu'elle était lue publiquement dans les Eglises jusqu'au ^ve siècle, on trouve une longue série de récompenses et de peines.

(5) Voyez *supra*, p. 49.

(6) TERTULLIEN : *De l'âme*, § 26.

Les disciples de Jésus conduits par lui sur une haute montagne aperçoivent d'une part les bienheureux dans leur félicité, de l'autre les damnés dans leurs souffrances. Et Saint Pierre dit : « Près de ce lieu j'en vis un autre non moins resserré dans lequel un pus infect coulait du corps des suppliciés et formait comme un marais. Il s'y trouvait des femmes ayant du pus jusqu'au cou et en face d'elles un grand nombre d'enfants, nés avant terme, qui pleuraient. Des langues de feu s'échappaient de ces enfants et venaient frapper les yeux des femmes : c'étaient celles qui avaient conçu et s'étaient fait avorter » (7).

Clément d'Alexandrie et Méthodios ont fait allusion à ce passage en y ajoutant quelques détails. Suivant Clément, les enfants ainsi nés avant terme sont confiés à un ange gardien qui se charge de les élever et fait d'eux, au bout de cent ans, les égaux des fidèles.

L'opinion de tous les docteurs de l'Eglise fut unanime en ce qui concerne l'animation du fœtus dans le sein de la mère.

Innocent XI a lancé l'anathème contre ceux qui considéraient comme probable que tout enfant tant qu'il est dans le sein de sa mère n'a pas d'âme raisonnable et qu'il en reçoit une seulement quand il est mis au monde ; en sorte qu'aucun avortement ne serait un crime d'homicide (8).

Mais, entre le temps qui précède la conception et la naissance, il y a un intervalle considérable, au cours duquel il est difficile d'indiquer le moment précis où

(7) Voyez : SAL. REINACH : *L'Apocalypse de Saint Pierre*. Paris, 1893.

(8) *Videtur probabile, omnem foetum (quandiu in utero est) carere anima rationali et tunc primum incipere eandem habere, cum paritur ; ac consequenter descendum erit, in nullo abortu homicidium committi.*

l'âme sortie des mains du Créateur s'est emparée du corps humain. Sur cette question, de la solution de laquelle dépend en grande partie la punition de l'avortement, les écrivains ecclésiastiques sont divisés en deux camps :

Dans l'Eglise Grecque, Saint Grégoire de Nysse a dit : que le corps et l'âme commencent d'exister en même temps. Dès le premier instant de la conception, l'âme est là tout entière, pour manifester successivement, à mesure que le corps grandit, ses diverses facultés. Saint Basile accepte cette opinion, car il considère comme coupable d'assassinat ceux qui provoquent l'avortement d'un fœtus, qu'il soit formé ou non (9). Parmi les Pères latins, Tertullien a enseigné également l'animation immédiate : « Nous faisons commencer, dit-il, la vie à la conception parce que nous soutenons que l'âme commence à ce moment ».

Mais on sait que le grand apologiste a enseigné, dans le même ouvrage « De anima », la théorie du traducianisme d'après laquelle l'âme, comme le corps, est le fruit de la génération : des âmes du père et de la mère, se détache le germe d'une âme nouvelle. Il y a donc deux espèces de semences : l'une pour le corps, l'autre pour l'âme et ces deux espèces sont inséparables et contemporaines. Cette théorie fut condamnée par l'Eglise, d'après laquelle l'animation est le résultat de la création de l'âme par Dieu. Les Pères latins, pour mieux combattre cette hérésie, ont fixé l'animation à une date postérieure à la conception et, de cette façon, l'idée prédominante dans l'Eglise latine devient celle de l'animation médiate.

(9) Saint-Basile dans la lettre canonique *Ad Amphiloichium*, ép. II., dans BALSAMON, *Opera*, P. G., t. CXXXVIII, col. 587.

D'après cette théorie, l'âme pénètre dans le produit de la conception à une époque où le corps de l'enfant est construit, du moins dans ses organes principaux. En faveur de l'animation médiate, on invoque d'abord l'Exode XXI, 22, 23, d'après la version grecque. Ensuite, un autre passage de la Bible : Le Lévitique, XII, 1-4, dans lequel il s'agit de purifications après l'accouchement. Dieu impose aux mères quarante jours de purification pour les enfants mâles et quatre-vingts pour les filles. Cette loi n'a évidemment aucun rapport avec notre question, mais elle a été considérée comme un symbole de périodes diverses d'animation. Enfin on fait le parallélisme avec la création du premier homme. Comme dit Gratien (10) : « *In Adam enim exemplum datum est ut ex eo intelligatur quia iam formatum corpus accepit animam* ». Dieu a formé d'abord le corps d'Adam et ne lui a donné une âme qu'après l'avoir pétri du limon de la terre.

Le courant créé par les Pères latins en faveur de l'animation médiate se continua au Moyen Age (11), mais il existait des discussions interminables pour fixer la date où le corps sera assez organisé pour être habitable par l'âme raisonnable. La plupart des auteurs, et notamment Saint Thomas, fixaient l'animation vers le quarantième jour pour les enfants du sexe masculin et quatre-vingtième pour les enfants du sexe féminin. Ces délais leur paraissaient conformes à la philosophie d'Aristote et ils pensaient, de plus, trouver un symbole dans la Bible (Lév. XII, 1-4).

(10) *Corpus Juris Canonici Decr. Gratien secunda pars causa XXXII, Quest. II, c. IX.*

(11) DANTE, dans *Le Purgatoire*, chant vingt-cinquième, vers 45-78, parle de la succession de divers sorts d'âme au cours de la grossesse.

De l'avortement, se rapproche, à plusieurs points de vue, une autre atteinte au principe de la sainteté de la vie : le suicide. Ces deux actes contiennent une négation du devoir vital.

La philosophie grecque, et notamment le cynisme et le stoïcisme, permettaient le suicide et on peut même dire qu'ils le recommandaient. Ils considéraient comme une prérogative de l'homme de pouvoir sortir de la vie, comme on sort, d'après l'expression de Kant, d'une chambre pleine de fumée. Il pouvait le faire sans y être poussé par aucun mal présent ou à venir, mais par cette seule raison qu'il ne pouvait plus être utile à rien en ce monde.

Mais le Christianisme a refusé à l'homme le droit d'abdiquer sa personnalité. De la même façon qu'il a interdit à la femme enceinte de disposer de l'âme qu'elle porte dans son sein, de la même façon il a interdit de disposer de sa propre âme. L'homme a des obligations pour lui et il ne peut pas terminer sa vie en usurpant ainsi une prérogative divine. Il n'a pas le droit de devancer l'appel avec une témérité sacrilège en se jetant tout-à-coup en présence du Tout-Puissant.

Le suicide ainsi que l'avortement ne diffèrent en rien de l'homicide. On n'a le droit, en aucune façon, de porter une main scélérate sur les créatures de Dieu.

§ 2

Le Droit canonique

La répression de l'avortement avait de bonne heure préoccupé le législateur de l'Eglise. Dans les canons des premiers Conciles, on trouve des peines graves contre

les attentats à la vie embryonnaire sans distinguer entre le fœtus animé et inanimé, on peut dire que cette distinction est inconnue dans l'Eglise primitive.

Vers l'an 300, le Concile d'Elvire décide qu'une femme adultère qui, après ce crime, aura fait mourir l'enfant dont elle est enceinte ne peut communier même à sa mort (1) et, dans un autre canon, il déclare qu'une catéchumène coupable du même crime ne peut être baptisée qu'à la fin de sa vie (2).

Le Concile d'Ancyre en 314 rappelle une règle, qu'il considère déjà comme ancienne, d'après laquelle les femmes qui se prostituent et qui cherchent à détruire dans leur sein l'enfant conçu sont excommuniées jusqu'à la fin de leur vie : « nous avons adouci cette mesure, dit le canon 21, et les avons condamnées aux divers degrés de pénitence pendant 10 ans » (3).

Enfin, le Concile de Constantinople, qu'on appelle le second Concile in Trullo, convoqué par l'Empereur Justinien II en 692, a devancé les Conciles locaux en sévérité, en assimilant l'avortement à l'homicide. Le canon 91 dit que : « Quiconque donne ou prend des remèdes pour procurer un avortement, doit être puni comme meurtrier ».

Cette assimilation était déjà réalisée dans l'église la-

(1) Can. 63 : *De uxoribus quae filios ex adulterio necant — Si qua per adulterium absente marito suo conceperit, idque post facinus occiderit, placuit nec in finem dandam esse communionem, eo quod genuerit scelus.*

(2) Can. 68 : *De catechumena aduletera, quae filium necat — Catechumena, si per adulterium conceperit et praefocaverit, placuit eam in fine baptizari.*

(3) *De mulieribus quae fornicatur et partus suos necant, vel quae agunt secum ut utero conceptos excutiant antiqua quidem definitio usque ad exitum vitae eàs ab ecclesia removet. Humanius autem nunc definimus, ut eis decem annorum tempus secundum praefixos gradus poenitentiae largiamur.*

tine depuis le v^e siècle. Le Concile convoqué à Lerida par Théodoric le Grand, roi des Ostrogoths, en 524, décréta que « Quiconque a cherché à faire mourir, soit après naissance, soit dans le sein de la mère, le fruit de l'adultère, ne pourra être admis à la communion avant 7 ans, et passera le reste de sa vie dans les larmes et dans l'humiliation » (4).

Mais peu à peu, dans l'Eglise d'Occident pénètre l'idée que l'embryon ne reçoit l'âme humaine qu'un certain temps après la conception et par conséquent il n'est pas possible de considérer dans tous les cas l'avortement comme homicide.

Nous avons vu que, d'après l'opinion des docteurs de l'Eglise, il n'y a aucune différence entre le fait de s'opposer à la naissance d'une âme, ce qui constitue un homicide anticipé et d'arracher une âme du corps qu'elle anime, en commettant un homicide formel (5). Pourtant il faut reconnaître que, d'après les principes de la foi catholique, les deux cas ne se présentent pas avec la même gravité. C'est un crime infiniment plus atroce de provoquer l'avortement d'un enfant animé en privant une âme de la vie éternelle, que d'interrompre la grossesse en expulsant une matière inerte et inanimée. En effet, dans le Droit canonique postérieur ce n'est que le premier cas qui entraîne les peines de l'homicide, tandis que le second ne constitue qu'un délit bien léger (6).

Dans le Corpus Juris Canonici, le Decretum Gratiani (7) acceptant la distinction entre fœtus animé et inanimé

(4) Can. 2.

(5) Voyez TERTULIEN, *Apolog.*, ch. IX, qu. 9.

(6) SAINT AUGUSTIN, *Opera*, lib. II, qu. LXXX, a dit : *Hic de anima quaestio solet agitari, utrum quod formatum non est ne animatum quidem possit intellegi et ideo non sit homicidium quia nec examinatum dici potest, si ad huc animam non habebat.*

(7) Compilation canonique du xii^e siècle.

dans la causa II quest V C.XX, dit « *qui conceptum in utero qui per aborsum deleverit homicida est* » mais il ajoute dans la causa XXXII quest. II C.VIII « *Non est homicida qui aborsum procura tante, quam anima corpori sit infusa* » et la même disposition est passée dans un décret de Grégoire IX.

Au commencement de la période du Droit moderne de l'Eglise, le Pape Sixte V a tenté de punir l'avortement dans tous les cas avec la même sévérité. Dans la bulle *Effraenatam* du 29 octobre 1588, invoquant les canons des anciens Conciles, il édicte la peine de l'excommunication *latæ sententiæ*, dont l'absolution est réservée au Saint-Siège, contre tous les coupables d'avortement indépendamment de l'animation ou non du fœtus. Cette constitution très sévère, qui condamnait implicitement l'opinion théologique de l'animation médiate, souleva des difficultés d'exécution et, peu de temps après sa publication, elle était réformée par la bulle « *Apostolica Sedis* » du Pape Grégoire XIV. Cette nouvelle constitution abolit toutes les peines que la bulle du Pape Sixte V a édictées contre les coupables d'interruption de la grossesse ayant l'animation du fœtus. En ce qui concerne l'avortement du fœtus animé, l'excommunication est maintenue, mais sauf appréciation du Siège apostolique.

Le Code de Droit Canonique, promulgué le 27 mai 1917 contient dans le canon 2351 § 1, la même règle : « Ceux qui procurent l'avortement sans en excepter la mère, une fois l'effet obtenu, encourent une excommunication *latæ sententiæ* réservée à l'ordinaire » (8). Le même canon, prévoit des peines semblables contre les auteurs d'un suicide ou d'une tentative de suicide.

(8) *Code de Droit canonique*, par ADRIEN CANCE, Paris, 1929. T. III, p. 415.

D'après la législation de l'Eglise, l'avortement n'est puni que lorsqu'il est intentionnellement provoqué, le dol éventuel ne suffit pas. L'Eglise laisse également sans répression la simple tentative. D'après la Bulle *Apostolica Sedis*, sont punis ceux qui procurent l'avortement, quand l'effet suit : « *Procurantes abortum effectu secuto* ». De plus, pour que la peine soit encourue, ce résultat doit être la mort du fœtus. Contrairement aux Codes pénaux modernes, le Droit canonique ne s'intéresse qu'à l'âme de l'enfant. Si, malgré les manœuvres abortives, l'enfant sort vivant, le coupable n'est pas puni.

Mais, quand le résultat est obtenu, il n'y a aucune cause justificative. La peine est la même soit que la femme coupable ait voulu se débarrasser d'un fardeau indésirable, soit qu'elle ait commis l'avortement pour sauver sa vie d'un danger autrement inévitable.

Quelques-uns ont tenté d'atténuer la rigueur de cette solution, en invoquant la théorie de la légitime défense, c'est ainsi que cette idée bizarre est née, d'après laquelle le malheureux fœtus est considéré comme un injuste agresseur ! Cette théorie, vivement combattue par les canonistes, ne fut jamais admise dans la pratique de l'Eglise. Le Docteur Capellmann fait remarquer que le plus souvent le danger de la mère ne vient pas directement de l'enfant, mais il est dû aux défectuosités naturelles de celle-ci.

D'autres ont demandé au moins la possibilité d'interrompre la grossesse avant l'animation du fœtus, quand il est évident que le développement de la grossesse aura comme résultat la mort de la femme et par conséquent, celle du fœtus. Mais le Pape Innocent XI a condamné comme scandaleuse et pernicieuse en pratique la proposition suivante : « *Licet procurare abortum ante ani-*

mationem fœtus, ne puella deprehensa gravida occidatur aut infametur ».

L'avortement volontaire, étant un homicide, ne peut être légitimé par aucune raison. C'est un principe moral d'une rigueur absolue. Il n'y a pas à alléguer un plus grand bien, le salut de la mère, l'intérêt de toute une famille, les besoins d'autres enfants qui seraient abandonnés dans la misère.

L'enfant qui meurt sans baptême meurt pour le ciel, malheur infiniment plus grand que la mort temporelle. D'où l'ordre de la charité exige que la mère accepte ce moindre mal, qui est la perte de la vie, plutôt que de causer indirectement mais sciemment ce mal beaucoup plus grand, qui est, en somme, la damnation de l'enfant (9).

Cette thèse est confirmée par plusieurs décisions du Saint-Office. Ainsi, une encyclique du 9 avril 1889 interdit la craniotomie, c'est-à-dire l'opération qui tue l'enfant pour sauver la mère quand tous les deux sont en danger de mourir, et toute autre opération qui tend à la mort du fœtus.

(9) Voyez S. LIGUORI, *Théol. Mor. L. III.*

CHAPITRE II

L'AVORTEMENT PENDANT LE MOYEN AGE

§ 1^{er}

L'Empire byzantin

Après avoir étudié les deux conceptions diamétralement opposées en notre matière, examinons maintenant comment l'Eglise est arrivée peu à peu à imposer sa thèse d'après laquelle le fœtus n'est pas une partie des viscères de la mère, comme il était unanimement admis jusqu'à son époque, mais un être distinct ayant les mêmes droits à la vie que toute créature humaine.

Les législations envisagées jusqu'à présent, montrent le plus grand mépris pour les droits de l'enfant. Aucun souci pour la protection de ces êtres innocents. Toutes mesures prises sur ce sujet n'ont pour but que la sauvegarde des intérêts des parents.

Avec le Christianisme, le point de vue change complètement. Ce fut pour lui-même qu'on protégea l'enfant. La religion de Jésus a vivement combattu la puissance paternelle avec ses conséquences. Sa victoire fut le triomphe de l'esprit sur la matière.

Mais les réformes sociales et politiques dues à l'Eglise n'eurent lieu que lentement. La religion de Jésus avait à lutter contre les superstitions du passé, contre les droits des forts. D'ailleurs, les réformes extérieures, les améliorations sociales n'étaient pas le principal et le vrai mobile de son impulsion, car son but n'était que la conversion et le salut des hommes. C'est en élevant les regards des hommes vers le ciel qu'elle a voulu les rendre meilleurs et plus heureux sur la terre. Le Christianisme ne voulait s'adresser qu'à l'homme privé et, de cette façon, les tendances et les maximes évangéliques pénétrèrent très lentement dans les législations civiles, n'étant qu'un reflet de l'adoucissement des mœurs.

Il est indiscutable qu'au Bas-Empire, l'influence du Christianisme fut énorme. L'Eglise dominait toutes les manifestations de la vie sociale et les Empereurs consacraient dans tous leurs actes de longs préambules à affirmer leur piété et leur attachement à la religion de Jésus.

Mais il ne faut pas perdre de vue que contrairement à ce qui se passait en Occident, l'Eglise grecque fut toujours soumise à l'Etat. Ses commandements n'étaient admis que dans la mesure où l'Empereur les trouvait conformes aux intérêts de l'Etat et de la société et on connaît les luttes que l'Etat Byzantin a menées contre les exagérations cléricales.

Constantin, le premier Empereur chrétien, sous l'influence de l'Eglise, réalisa des réformes multiples dans le Droit de famille et le Droit pénal. C'est lui qui, pour la première fois dans l'Empire romain interdit formellement l'infanticide en l'érigeant en crime aussi grave que le parricide. En 319, il ordonne que « Celui qui est coupable d'avoir avancé la mort de son père ou de sa mère

et autres ascendants, ou de son fils ou de sa fille ou autre descendants, soit puni comme parricide, que le crime ait été commis en secret, ou publiquement ; un pareil criminel ne doit point recevoir la mort par le glaive ou le feu, ou subir une autre peine ordinaire ; mais qu'il soit cousu dans un sac de peau, avec un chien, un coq, une vipère et un singe, renfermé avec ces bêtes féroces et associé avec des serpents et selon la position du lieu, qu'il soit jeté ainsi ou dans la mer ou dans le fleuve voisin, afin que, vivant encore, il manque de tout, qu'il ne jouisse point du ciel pendant le reste de sa vie et que la terre lui soit refusée après la mort ».

Mais, Contanstin le Grand qui établit cette peine exemplaire pour les parents coupables du meurtre de leurs enfants, reconnaît au père le droit de vendre ses enfants comme esclaves. Il ne faut pas croire que dès ce temps-là, la puissance paternelle fût essentiellement affaiblie. Cette contradiction entre la sévère répression de l'infanticide d'une part, et la reconnaissance du droit de vendre l'enfant d'autre part, doit être expliquée uniquement par des scrupules religieux. L'Empereur chrétien considère comme un crime atroce de tuer un enfant nouveau-né en le privant du Baptême et c'est précisément pour détourner les parents de ce résultat funeste, à une époque où la misère était grande, qu'il leur accorde le droit de vendre l'enfant en cas de pauvreté et de ménager, de cette façon, au moins sa vie future.

Conformément à cette intention du législateur, on pourrait attendre une décision analogue contre l'avortement qui prive également l'enfant du Baptême. Cependant, ni Constantin le Grand, ni ses successeurs immédiats ne prennent aucune mesure législative contre les auteurs de ce crime.

Jusqu'au vi^e siècle, on ne trouve rien de nouveau en notre matière. Le *Corpus Juris Civilis* ne contient que la loi précitée contre l'infanticide (1), mais on peut supposer que les compilateurs de la législation justinienne, en retranchant du « livre 33 sur l'Edit » de l'Ulpien, le passage que nous avons vu plus haut (2), ont voulu lui donner une valeur générale qu'il n'avait pas dans l'ouvrage du jurisconsulte du troisième siècle.

C'est dans une compilation du viii^e siècle, à une époque où l'Eglise avait déjà assimilé l'avortement à l'homicide, qu'on trouve une disposition claire d'une portée générale contre les femmes qui se font avorter. Dans l'« *Ecloga legum Leonis et Constantini* », rédigé en 740, on voit que, « si une femme se prostitue et devenant enceinte commet un attentat contre son propre sein en vue de provoquer l'avortement, elle doit être bannie et fouettée » (3).

Entre cette loi des Empereurs chrétiens et les dispositions analogues du Droit romain, il existe une différence considérable. Tandis que ce dernier ne se préoccupe que de l'avortement commis au préjudice du mari, la loi bysantine envisage aussi bien l'avortement d'une femme mariée que d'une femme libre de lien, car son but est de protéger le fœtus.

Dans une autre compilation du ix^e siècle faite par Basile I, avant la publication de ses « *Basiliques* », on trouve une loi encore plus générale :

« Ἐὰν γυνὴ ἔγκυος γένηται καὶ ἐπιβουλεύσῃ τῇ ἰδίᾳ γαστρὶ πρὸς τὸ ἐκτρώσαι, τυπτομένη ἐξοριζέσθω » (4).

(1) *Codex Justiniani*. Lib. IX. Tit. XVII.

(2) Dig., loi 8, § 48, t. VIII.

(3) V. dans *Jus Craecoromanum*, édition Zachariae von Lingenthal, t. II, *Ecloga legum Leonis et Constantini*, tit. XVII, § 36.

(4) *Op. cit. Prochiron Basili, Constantini et Leonis*, tit. XXXIX, § 71.

Cette loi qui se trouve reproduite textuellement dans tous les recueils postérieurs du Droit byzantin nous dit que : « Si une femme devenant enceinte commet un attentat contre sa personne en vue de provoquer l'avortement, elle doit être fouettée et reléguée ». Il ne s'agit donc pas seulement d'une femme ayant conçu en dehors du mariage, mais aussi bien d'une femme mariée qui se fait avorter avec le consentement de son mari.

Le même Empereur, peu de temps après, a promulgué une autre compilation plus étendue : l'« Epanagoge legis », dans laquelle, outre la disposition ci-dessus mentionnée, on trouve une aggravation de la peine qui devient capitale lorsque la femme coupable de l'avortement a été corrompue par les héritiers substitués à son fils (5), c'est le cas prévu par le Digeste (6).

Dans les « Basiliques », c'est la même pénalité. Le législateur après avoir prévu d'une façon générale la peine de la relégation et du fouet pour la femme qui se fait avorter intentionnellement (7), reproduit la distinction du Digeste fondée sur le mobile qui a déterminé une femme mariée à commettre ce crime : *Quæ accepta pecunia partum abegit, capite punitur. Quæ vero post divortium odio mariti id fecit, ad tempus relegatur* ».

Cette survivance de la distinction du Droit romain est évidemment peu compatible avec le but poursuivi par le législateur chrétien. L'avortement n'est plus un crime contre le mari, mais contre le fœtus qui possède une individualité propre. Pour quelle raison, en effet, celle qui le tue doit-elle bénéficier d'une peine extrêmement

(5) *Op. cit. Epanagoge legis Basili et Leonis et Alexandri*. Tit. XL.

(6) *Dig. loi 39, c 48, t. XIX.*

(7) *Basilicorum libri*, LX, t. XXII, cap. IV

(8) *Op. cit., tit. II, cap. XXXV.*

atténuée, lorsqu'elle avait des raisons d'être mécontente de son mari qui, dans ce cas, n'est qu'un tiers ? Ce fait ne peut être expliqué que par le respect que les Empereurs de Byzance témoignent du Droit romain. On sait que, même après les Basiliques, le « Corpus Juris Civilis » n'a pas cessé d'être le fondement de la législation de l'Empire.

Dans un recueil privé, contenant le droit en vigueur au x^e siècle, on trouve une reproduction du Droit du Digeste précédé d'un chapitre préliminaire dans lequel est résumé la large protection que la jurisprudence byzantine accordait à l'enfant : « Celle qui intentionnellement se fait avorter est considérée comme ayant tué l'enfant conçu, de la même façon que celui qui fait avorter une femme ou celui qui doit subvenir aux charges de l'enfant né et qui s'y refuse ainsi que celui qui expose le nouveau-né (9).

Enfin, dans un recueil du xiv^e siècle renfermant la dernière évolution du Droit byzantin, la même pénalité se rencontre. La peine de l'avortement reste toujours la relégation, tandis que toute atteinte, même indirecte, à la vie de l'enfant né, est assimilée au meurtre. Dans le dit recueil, celui qui n'accorde pas à son enfant les aliments nécessaires et celui qui expose son enfant ou le met devant les Eglises, est considéré comme meurtrier.

Il résulte de cet examen sommaire que le Droit byzantin, si imprégné de l'enseignement évangélique n'a pas suivi sur ce point les commandements de l'Eglise. Malgré la décision du Concile qui avait siégé au Palais de l'Empereur, la législation civile n'a jamais assimilé l'avor-

(9) *Jus Graecoromomanum, op. cit.* T. IV. *Ecloga legum in Epitome expositarum.* Tit. XLV, cap. VII.

tement à l'homicide. Tandis que celui-ci est puni de la peine de mort, l'avortement n'entraîne qu'une simple relégation qui peut être temporaire, étant donné que, lorsqu'il s'agit d'une peine perpétuelle, la loi l'indique formellement.

Dans le système répressif du Droit byzantin, cette peine est extrêmement légère. Tous les crimes d'une certaine importance entraînent des peines corporelles et le législateur sous l'influence de l'Eglise montre une sévérité particulière pour les attentats contre les mœurs. Ainsi, dans les Basiliques, on voit que l'inceste est puni de mort (10) ; le rapt entraîne la peine capitale pour l'auteur principal et la mutilation du nez pour les complices (11) ; l'adultère, qui est compris dans notre Droit dans un sens très large et comme désignant tout rapport illégitime avec une femme mariée veuve ou vierge, est puni de la mutilation du nez et de la relégation (12) ; la bestialité est punie du supplice du pal, etc...

On peut donc être étonné que le législateur de l'Empire d'Orient, qui admit tous les préceptes de l'Eglise en matière de mœurs et qui, sous la même influence, se montre si plein de souci pour l'enfant né, continue, en ce qui concerne l'avortement à se contenter du système romain de répression dont il se borne à élargir le domaine d'application.

(10) *Basilicorum*, Lib. LX, tit. XXXVII, c. LXIX.

(11) *Op. cit.* Lib. LX, tit. LVIII.

(12) *Op. cit.* Lib. IX, tit. XXXVII.

§ 2

L'infanticide et l'avortement chez les barbares
aux temps des invasions

Chez les peuples barbares habitant l'Europe occidentale, on rencontre les mêmes mœurs que chez tous les autres peuples primitifs. L'enfant est partout mal protégé.

Aux premiers siècles de notre ère, l'exposition et l'infanticide devinrent très fréquents en Gaule, à cause de la terrible misère du peuple. Le Droit gaulois nous est presque inconnu, mais on sait que le pouvoir du père y était sans limite. Dans sa maison, sur tous les siens, le Gaulois était investi de l'autorité souveraine que les sociétés anciennes attribuaient au chef de famille. Comme nous dit César : « *Viri in uxores sicuti in liberos vitæ necisque habent potestatem* (1). Il avait le droit de tuer ses enfants ou de les réduire en esclavage.

On peut dire d'une façon générale que, chez les Celtes, l'infanticide remplaçait l'avortement. Une habitude des Celtes occupant les bords du Rhin, montre le mépris dont ce peuple témoignait pour la vie de l'enfant. Le père prenait ce fleuve pour juge de la légitimité de ses enfants et les plaçait sur les eaux, persuadé qu'elles entraînaient dans leur torrent, seulement ceux qui étaient illégitimes.

Chez les peuples germaniques, il semble que la puissance paternelle n'était pas aussi étendue. Car si, dans les premiers temps de sa naissance, l'enfant était considéré comme appartenant à son père de la même façon

(1) CÉSAR, *De bello gallico*. Lib. VI, cap. XIX.

qu'une œuvre appartient à l'artisan qui l'a créée, à partir d'un certain âge, il devenait un membre de la Cité. Mais il est indiscutable qu'avant cet âge les coutumes germaniques reconnaissaient au père le même pouvoir que le Droit romain ou les autres législations que nous avons vues. Si le père voulait détruire son enfant nouveau-né, personne n'avait le droit de l'en empêcher. Et on trouve souvent, chez les Germains, des exemples d'enfants vendus par leurs pères ou même par des mères devenues veuves.

Cependant, en prenant en considération les mœurs de ces peuples guerriers, on peut supposer que le meurtre d'un nouveau-né par ses auteurs n'était pas fréquent. Tacite nous affirme que les Germains ne limitaient jamais le nombre de leurs enfants et qu'ils regardaient l'infanticide comme une infamie (2). En effet, dans le Droit germanique, on trouve un grand respect pour l'œuvre de la procréation. Tuer une femme, c'est diminuer les forces de la communauté nationale et, pour cette raison, la femme était l'objet d'une protection spéciale en tant que capable de procréer.

Nous connaissons peu de choses sur le Droit primitif des peuples germaniques. Les bandes conquérantes n'apportèrent pas en Gaule des lois déjà écrites, mais autant de coutumes qu'elles comprenaient de peuplades diverses : Francs Saliens, Francs Ripuaires, Wisigoths et Bourguignons avaient leurs coutumes particulières, se ressemblant toutes par un caractère général. Elles ne furent rédigées par écrit qu'après leur établissement en Gaule.

Le monument le plus précieux de ce Droit est la loi

(2) TACITE, *Mœurs des Germains*, ch. XIX.

Salique qui est le premier Code germanique que nous connaissons. Cette loi, qui se compose d'anciennés coutumes des Francs ayant un caractère surtout pénal, appartient au v^e siècle. Les coutumes des tribus germaniques présentent, relativement à la poursuite et à la punition des crimes, un caractère qui les distingue du Droit des autres peuples primitifs. Il résulte du témoignage de Tacite (3), que tout Germain avait droit à se venger à force ouverte de l'offense qu'il avait reçue, mais presque toujours une conciliation avait lieu au moyen de la composition payée par l'offenseur.

La loi Salique prépare le passage des réactions brutales de la vengeance à l'action du juge. Pour tous les crimes, même les plus odieux, cette loi ne prononce que des compositions pécuniaires.

Le Titre XXVI de la loi Salique, sous la rubrique : « De ceux qui auront tué de jeunes garçons ou de jeunes filles, ou leur auront coupé les cheveux », accorde une protection spéciale aux enfants et aux femmes.

Dans cette loi, le *Wergeld* pour le meurtre d'un homme libre est de 200 sous d'or et c'est la même somme pour celui d'une femme ayant dépassé l'âge de la productivité. Mais la femme féconde vaut le triple de celui de l'homme, son *Wergeld* est de 600 sous d'or et le crime devient plus grave si la femme est enceinte. L'article 4 dit que « Celui qui aura tué une femme enceinte, sera condamné à payer 28.000 deniers ou 700 sous d'or » (4). Et la loi étend sa sollicitude jusqu'à l'enfant simplement conçu. L'article suivant ajoute : « Quiconque aura fait périr un enfant dans le sein de sa mère, ou un nouveau-né âgé de moins de huit jours, sera condamné à payer

(3) TACITE, *op. cit.*, ch. XXI.

(4) Voyez la loi Salique dans A. PEYRÉ, *Lois des Francs*.

4.000 deniers ou 100 sous d'or ». L'ensemble du texte prouve que ces dispositions supposent chez la mère la qualité de Franque ; la peine étant certainement différente quand elle était Romaine ou esclave.

La loi Salique ne prévoit pas le cas d'un père tuant son enfant ou faisant avorter sa femme, ces crimes étant alors considérés comme l'exercice d'un droit légitime. Il faut supposer que ce droit appartenait exclusivement au père de famille, étant donné que les femmes étaient toujours soumises au *mundium* de leur mari ou, si elles n'étaient pas mariées, sous la tutelle des plus proches parents paternels et, à défaut de parents, sous celle du Roi.

§ 3

La répression de l'avortement dans les sociétés chrétiennes de l'Occident

Au v^e siècle, l'Empire Romain d'Occident se disloque sous les coups des hordes barbares qui détruisent par le fer et le feu tout ce qui restait de la civilisation païenne.

En même temps, les conquérants du Nord se sont convertis à la religion de Jésus, en offrant à l'Eglise Catholique un terrain facile pour le développement de son enseignement. Tandis que l'Eglise d'Orient, soumise au pouvoir d'un Empire fortement organisé, était obligée de mener une lutte difficile contre les idées gréco-romaines, dont la législation était entièrement imprégnée, en Occident, l'Eglise se trouve plus à l'aise. Placée en face de peuples primitifs, elle tend à civiliser leurs mœurs, à adoucir leurs coutumes cruelles.

Son œuvre d'éducation fut accomplie méthodiquement

et avec une grande sagesse. A partir du ^{vi}^e siècle, au milieu de l'immense désordre qui règne en Europe, l'Eglise, appelée en quelque sorte au secours de la société temporelle, qui ne peut plus se soutenir et se défendre elle-même, finit par la régir presque toute entière. C'est elle principalement qui inspire ou qui fait les lois et qui les applique en rendant des arrêts civils et criminels en toutes matières et à l'égard de toutes personnes.

Depuis cette époque, pour la répression des crimes, deux sortes de peines existaient, celle du pouvoir temporel et celle du pouvoir spirituel. Quand l'Eglise n'arrivait pas à convaincre le législateur civil de la nécessité d'interdire un certain acte, elle le réprimait elle-même à l'aide de son système de pénitences canoniques.

Chez les Wisigoths, qui furent les premiers convertis au Christianisme, l'Eglise a, de tout temps, exercé une influence prédominante. Leur législation était presque exclusivement l'œuvre du clergé et c'est dans les Conciles de Tolède qu'était élaborée l'unité de la législation espagnole. Il est donc naturel qu'en Espagne, l'enseignement chrétien donne tout d'abord ses résultats.

La *Lex Romana Wisigothorum* est la première loi civile qui, acceptant la thèse théologique, punit l'avortement commis par les parents, en l'assimilant à l'homicide. D'après cette loi, la peine de la femme qui se fait avorter est la perte de sa condition de femme libre. Si c'est le mari qui l'oblige à commettre ce crime, il sera condamné à choisir entre la perte de la vie ou de sa vue et la même peine sera appliquée à ses complices (1).

Une loi de Chindaswinde, roi des Wisigoths, en l'an 600, prévoit formellement l'infanticide ; d'après cette loi,

(1) *Lex Romana Wisigothorum*. L. 6, tit. III, cap. I.

le juge peut prononcer la peine de mort contre la mère coupable ; il doit, en tout cas, lui faire crever les yeux et le même châtiment doit être infligé au mari qui a ordonné ou toléré ce crime (2).

C'est la même pénalité sévère qui se recontre pendant tout le Moyen Age dans les recueils de coutumes et les Chartes consacrant les libertés politiques des villes et des provinces espagnoles. Dans le *Fuero Juzgo* (3), la répression de l'avortement dépend de la condition de la femme, des moyens employés pour le provoquer et des résultats obtenus. D'après ce recueil, la femme qui se fait avorter après l'animation du fœtus est passible de la peine capitale et la même peine est infligée à son mari qui avait consenti à l'exécution du crime.

Mais tout autre est la législation dans les pays conquis par les Francs qui n'ont subi que plus tard l'influence de l'Eglise et chez qui les idées chrétiennes ont pénétré plus difficilement. Comme nous l'avons vu, la loi des Francs Saliens ne punissait que l'avortement commis par un étranger. Il en était de même pour la loi des Ripuaires (4).

Et la loi des Alamans, elle aussi, ne prévoit de répression que dans l'hypothèse où l'avortement est l'œuvre d'un tiers. « Si quelqu'un — dit cette loi — fait avorter une femme enceinte et que le fœtus soit assez avancé pour qu'on puisse reconnaître s'il est du sexe masculin ou du sexe féminin, dans le premier cas on paiera 12 sous, dans le second 24. Mais s'il est impossible de distinguer le sexe, on paiera 12 sous » (5).

(2) *Lex Wis.* L. 6, tit. IV.

(3) *Fuero Juzgo*, livre VI, tit. III.

(4) Voyez le texte de cette loi dans A. PEYRE, *op. cit.*

(5) *Lex Alamanorum*, t. 91.

C'est avec Charlemagne que les préceptes moraux de l'enseignement évangélique pénètrent peu à peu dans l'Empire Carolingien. Charlemagne, pour la première fois, y interdit l'infanticide. Dans ses capitulaires, on voit que « *si quis infantem necaverit ut homicida teneatur* » (6). Mais pour l'avortement, l'Empereur chrétien ne dit rien : il se borne à reproduire la loi de Moïse (7) suivant la version de la Septante, sans ajouter aucune condamnation pour la femme qui se fait avorter. On sait que, lorsque Charlemagne faisait des révisions ou des additions à la loi Salique, ces révisions étaient approuvées par les Francs Saliens, et il se gardait bien de leur imposer des lois étrangères et des institutions qui leur auraient été odieuses.

Mais tous les crimes qui échappaient à la répression du pouvoir temporel étaient soumis à l'Eglise. Le système pénitentiaire de l'Eglise fut un contre-poids utile et peut-être nécessaire au relâchement des institutions sociales et à la faiblesse du pouvoir politique. Cette imixtion puissante de l'Eglise dans le système pénal a duré plusieurs siècles. Ses canons, dont on a fait divers recueils, étaient comme autant d'articles d'un Code pénal où toutes les espèces de crimes étaient prévues. Et il ne faut pas croire que les peines infligées par les Tribunaux ecclésiastiques avaient un caractère purement moral. Au contraire, quand les anathèmes n'amenèrent pas les pécheurs à accepter la pénitence de l'Eglise, l'Empereur lui prêtait son bras séculier.

Le Concile de Vernon avait décidé que « si quelqu'un se plaint d'avoir été injustement excommunié par son évêque, qu'il en appelle au métropolitain ; et si la sen-

(6) *Capit. L. VII, cap. LXVIII.*

(7) *Capit. L. VI, cap. XII.*

tence du premier juge est confirmée par ce dernier, qu'il se soumette à l'excommunication ; que s'il méprise ces deux jugements canoniques et que l'évêque ne puisse le corriger, qu'il soit condamné à l'exil par le roi » (8).

Charlemagne lui-même confirma ces dispositions contre les excommuniés et ses successeurs y ajoutèrent la confiscation des biens. Du reste, il suffisait d'assimiler légalement l'excommunication à une sorte d'interdiction de l'eau et du feu, pour qu'elle fût déjà une peine civile très grave. Comme dit M. Du Boys (9), l'excommunié devenait une espèce de lépreux moral.

La révolution politique, qui a eu lieu au sein de l'Empire des Francs au cours du ix^e siècle, a contribué par l'anéantissement de la justice royale à laisser à l'Eglise la charge de maintenir l'ordre moral à un moment où la violence brutale était seule souveraine, où le chaos social était tel qu'il inspira aux contemporains la terreur de la fin du monde.

Dans le Droit criminel des temps féodaux, toutes les pénalités se réduisent à l'amende envers le seigneur ; la peine de mort, elle-même, semble n'être instituée que pour amener comme une conséquence nécessaire la dévolution des biens au seigneur.

Le renforcement du pouvoir royal, réalisé peu à peu sous les rois Capétiens, a eu comme conséquence de soustraire à la justice seigneuriale et ecclésiastique un nombre de crimes sans cesse grandissant. Ces actes étaient soumis aux juridictions du Roi, qui devient le protecteur de l'ordre public dans son Royaume. Dès les premiers siècles de l'avènement des rois de la troisième race, le meurtre, le rapt, le viol et autres crimes deviennent des

(8) Concile de Vernon, can. IX, *op. cit.*, p. 410.

(9) *Op. cit.*, p. 410.

cas royaux, mais l'avortement qui a pour auteur la femme enceinte ne préoccupe pas le pouvoir royal, au moins jusqu'au xvi^e siècle.

Le Roi de France ne prend aucune mesure contre les femmes qui se font avorter et, au moins à notre connaissance, la même conduite est suivie par les autres grands justiciers du Royaume. Selon toute probabilité, jusqu'aux temps modernes, ce n'est que l'Eglise qui se préoccupe en France des femmes coupables de ce crime.

Ce qui se passait au Moyen Age pour l'infanticide confirme cette conjecture. Nous avons vu que les Germains, aussi bien d'ailleurs que les Romains, ne voyaient pas ce crime d'un œil sévère et cette indulgence persiste pendant toute notre époque, malgré les longs efforts de l'Eglise catholique.

Ainsi la Coutume de Normandie reflète encore directement cet esprit barbare : elle ne prononce pas la peine capitale contre le père ou contre la mère qui a tué son enfant : « *Quia filius de sanguine et visceribus patris exivit* » (10).

Ailleurs, et c'est le cas en Anjou, n'osant pas inscrire dans la loi civile une peine trop douce, on abandonne à l'Eglise la femme coupable du meurtre de son enfant. Et on sait que l'Eglise ne condamne jamais à mort. Ses peines atteignent le corps mais n'enlèvent pas la vie. C'est ainsi que, dans la province d'Anjou, — et on pourrait citer d'autres exemples, — la femme qui vole un cheval est pendue, tandis que celle qui commet un infanticide échappe à la peine de mort et ne subit que la réclusion temporaire ou même une peine moindre (11).

(10) Voyez textes recueillis par GRIMM, *Deutsche Rechtsalter thümer*, 1854, p. 455 et s.

(11) Voyez : P. VIOLLET, *Les Etablissements de Saint-Louis*, Paris, 1881, tome I, p. 248 et s.

Cependant, dans les registres criminels des derniers siècles du Moyen Age, on trouve fréquemment des cas où la peine capitale est prononcée contre des femmes coupables d'infanticide. Tanon (12) nous rapporte par exemple que les juges de Saint-Germain en 1291, avaient condamné au feu deux femmes pour avoir donné la mort à leurs enfants nouveaux-nés. En dehors de la peine du feu, la peine habituelle pour les femmes était l'enfouissement, c'est-à-dire qu'elles étaient enterrées vives, et cette peine remplaçait, pour raison de décence, la pendaison qui était appliquée aux hommes. Les recueils de jurisprudence du Moyen Age abondent en condamnations pareilles pour les cas les plus divers comme l'empoisonnement, l'excitation à la débauche, la complicité de viol, la sorcellerie, etc... (13). Mais nulle part nous n'avons pu trouver de condamnations pour avortement et ceci peut être expliqué uniquement par le fait que ce crime était de la compétence exclusive des tribunaux ecclésiastiques.

Nous avons vu (14) que la peine canonique contre l'avortement était l'excommunication, mais cette peine n'était infligée que lorsque l'attentat à la vie embryonnaire se commettait après l'animation du fœtus. Contrairement à ce qui se passait dans l'Eglise Grecque, en Occident, la théorie de l'animation médiate du fœtus était unanimement admise et par conséquent l'avortement pratiqué au commencement de la grossesse n'était

(12) LOUIS TANON, *Histoire des Justices des anciennes églises et communautés monastiques de Paris*. Paris, 1883.

(13) Voyez : LOUIS TANON, *Registre criminel de la Justice de Saint-Martin des Champs à Paris au XIV^e siècle*; Paris, 1877; les *Olim* ou *Registres des Arrêts rendus par la Cour du Roi aux XIII^e et XIV^e siècles*, etc.

(14) *Supra*, p. 76.

puni que d'une simple amende ou d'une autre peine très légère. Le livre pénitentiel gradue la punition de l'avortement de la façon suivante : « Si une femme enceinte fait périr son fruit avant 45 jours, elle subit une pénitence d'un an ; si c'est au bout de 60 jours, de trois ans ; enfin, si l'enfant était déjà animé, elle doit être traitée comme homicide ». Mais le pénitentiel remarque : « qu'il y a une grande différence entre la femme pauvre qui détruit son enfant à cause de la difficulté qu'elle aurait de le nourrir et celle qui n'a d'autre but que de cacher le crime de fornication ».

Mais, si l'avortement commis par la femme enceinte ne relève que de la compétence du pouvoir spirituel, il est bien évident que les tribunaux laïques ne pouvaient pas se désintéresser du cas où l'auteur de l'avortement est une autre personne que la femme enceinte, un tel acte troublant bien profondément l'ordre public. Ce cas est connu dans la pratique du Moyen Age et jusqu'au XVIII^e siècle sous le nom d'*Encis*. Dans le langage de cette époque, *encis*, *ancis* ou *anchis* signifiait le meurtre d'une femme enceinte ou de l'enfant qu'elle portait (15).

On trouve ce crime dans plusieurs recueils du Moyen Age et notamment dans « les Etablissements de Saint-Louis » qui est l'œuvre d'un juriste inconnu composée au XIII^e siècle.

Ce recueil, qui fut très consulté et très lu par les juriconsultes, a exercé une influence considérable sur l'Ancien Droit français ; en dehors des matières civiles, il contient une importante partie de Droit pénal.

Suivant les Etablissements, les grands crimes inexpia-

(15) Voyez : *Glossaire du Droit Français*, par FRANÇOIS RAGUAU, et aussi : MUYART DE VOUGLANS, *Les Lois criminelles de France*. Paris, 1780. Liv. III, tit. 3.

bles appartenant à la haute justice, sont la *trahison*, le *rapt*, l'*arson* ou l'*incendie* et l'*encis* ou *scis*. Dans le chapitre XXVII du Livre I, ce dernier crime est défini de la façon suivante : « *Ancis si est fame enceinte quant l'en la fiert, et ele muert de l'enfant* ». Tout homme qui se rendait coupable de ces crimes devait être traîné et pendu, et tous ses biens étaient confisqués au profit de son seigneur haut justicier.

On rencontre le même crime dans la coutume d'Anjou dont l'article 44 contient la définition suivante : « *Encis si est quant l'en fiert femme enceinte et elle et l'enfant se meurent* » et dans la coutume du Maine (art. 51). Enfin, dans la Somme rurale du Bouteiller, on voit que : « *Celui qui frappe femme enchainée, si que le fruit de son ventre en soit péri, que les saiges appellent crime de anchis, telz doivent estre traisnez et pendus, tant que mors soient et estranglez* ». Ce vieux mot figure encore dans le Répertoire de Merlin qui dit que « Encisse, c'est le meurtre d'une femme enceinte ou de l'enfant dont elle est grosse » (17).

D'une façon générale les crimes contre les femmes enceintes étaient punis dans l'Ancien Droit avec une rigueur excessive. Tanon nous apprend que le délit de coups et blessures qui, normalement, entraînait une simple amende, était puni de la peine capitale, dans le cas où la victime de ces violences était une femme enceinte qui, par leur effet, succombait ou subissait quelque mutilation (18).

(16) *La Somme rurale ou le Grand Coutumier* de JEAN BOUTEILLER, édit. 1486, 2^e p., F^o 67b.

(17) MERLIN, *op. cit.* au mot « Encise ».

(18) L. TANON : *Histoire des Justices des anciennes églises et communautés monastiques de Paris*, p. 44.

La question se pose de savoir quelle est l'origine de cette idée. On sait que les sources du Droit du Moyen Age étaient les lois ecclésiastiques et les coutumes. Or l'encis appartient à ce dernier groupe, étant un crime nettement germanique.

Chez les Germains, la femme a une valeur toute particulière. Les crimes contre une femme, et notamment contre une femme enceinte, constituent une catégorie à part. Nous avons vu (19) combien dans la loi Salique est élevé le *Wergeld* pour le meurtre d'une femme. Une autre application de la même idée se trouve dans le titre : « *De via lacina* » (20), aux termes duquel un coup porté à une femme donne lieu à une composition trois fois plus forte que le coup porté à un homme. Il serait facile de multiplier les exemples pour montrer que l'origine de cette sévère répression de toute violence contre les femmes enceintes est d'origine germanique.

(19) *Supra*, p. 89.

(20) *Loi Salique*, tit. XXXI.

CHAPITRE III

L'AVORTEMENT DANS LES TEMPS MODERNES

§ 1^{er}

L'ancien Droit français

La juridiction royale grandissait en France en même temps que le domaine de la Couronne et la puissance royale. Dans les derniers siècles de la monarchie, elle atteint presque à la plénitude de juridiction en matière criminelle et c'est ainsi que l'avortement devient à son tour de la compétence des baillis royaux.

A cette époque où les idées chrétiennes ont déjà profondément pénétré dans l'opinion publique, la justice royale traite l'avortement comme un véritable homicide. Mais quelles étaient les peines appliquées ? D'après quelles lois l'avortement était-il jugé ? Ce sont deux questions sur lesquelles on ne peut répondre d'une façon précise. On sait qu'à cette époque il n'existait ni science, ni législation pénale bien arrêtées et l'application de telle ou telle pénalité à chaque genre de crimes n'avait rien de fixe.

En 1556, Henri II publie le célèbre Edit sur le recel de la grossesse, qui est généralement considéré comme tranchant d'une façon définitive les doutes jusqu'alors existants sur la répression de l'avortement. En effet, dit-on, si le simple recel de la grossesse est puni de mort, à plus forte raison les manœuvres ayant pour but la suspension de son cours sont punies de la même peine.

Cependant cette opinion n'est pas tout à fait exacte. Elle ne correspond pas à l'esprit du législateur du xvi^e siècle et à la façon dont la loi était appliquée, au moins dans les premiers temps qui suivirent sa publication; ce n'étaient pas les femmes coupables de simple recel de leur grossesse qui étaient punies de mort, comme le dit M. Garraud (1), mais celles qui tuaient leurs enfants, la loi étant en réalité beaucoup moins cruelle qu'on ne le croit à l'heure actuelle.

C'est par un scrupule religieux que le Roi de France, entrant dans les vues des Papes, menace de la peine capitale les femmes coupables d'infanticide et, dans un esprit de rigueur, sous certaines conditions, établit une présomption de ce crime. Comme le dit Muyart de Vouglans, l'édit de 1556 vise le crime d'une fille qui, non seulement ne déclare point sa grossesse, afin de cacher sa honte, mais qui, après s'être délivrée de son fruit, le fait périr en le noyant, ou autrement, sans lui faire recevoir le Baptême (2).

Il n'était donc pas possible de faire entrer dans le domaine de cet Edit l'avortement en général, à une époque où la théorie de l'animation médiate du fœtus était généralement admise. Et cette doctrine entraînait comme

(1) R. GARRAUD : *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, troisième édit., tome V, p. 370.

(2) MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*

conséquence naturelle l'indulgence dont l'Eglise elle-même témoignait vis-à-vis de l'avortement commis avant l'animation de l'embryon. Il est indiscutable que la juridiction royale, en même temps qu'elle se substituait aux tribunaux ecclésiastiques, respectait la tradition du Droit canonique.

La preuve en est dans les termes mêmes de l'Edit :
« *Comme nos prédécesseurs et progéniteurs très chrétiens roys de France, ayent par actes vertueux et catholiques, chacun à son endroit, montré par leurs très louables effects qu'à droit et bonne raison ledit nom de très chrétien, comme à eux propre et péculier, leur avoit esté attribué. En quoy les voulans imiter et suyvre, et ayans par plusieurs bons et salutaires exemples tesmoigné la dévotion qu'avons à conserver et garder ce tant céleste et excellent titre, duquel les principaux effects sont de faire initier les créatures que Dieu envoie sur terre en nostre Royaume, pays, terres et seigneuries de nostre obéissance, aux sacrements par luy ordonnez : et quand il luy plaist les rappeler à soy, leur procurer curieusement les autres sacremens pour ce instituez, avec les derniers honneurs de sépulture.*

Et, estant deuëment advertis d'un crime très-énorme et exécrationnable, fréquent en nostre royaume, qui est, que plusieurs femmes ayans conceu enfans par moyens deshonnestes, ou autrement, persuadés par mauvais vouloir et conseil, desguisent, occultent et cachent leurs grossesses, sans en rien descouvrir et déclarer. Et advenant le temps de leur part et délivrance de leur fruict, occultement s'en délivrent, puis le suffoquent, meurtrissent et autrement suppriment sans leur avoir fait impartir le sain sacrement de baptesme... ». Ensuite, l'édit explique la difficulté de prouver l'infanticide quand les femmes

coupables de ce crime prétendent que leurs enfants sont nés morts et sans aucune apparence ou espérance de vie. Et les juges, faute de preuve, les acquittent très souvent ou les soumettent aux supplices sans aboutir à un aveu. Pour éviter ces scandales, « *ordonnons que toute femme qui se trouvera deuëment atteinte et convaincuë d'avoir célé, couvert et occulté, tant sa grossesse que son enfantement, sans avoir déclaré l'un ou l'autre et avoir prins de l'un ou de l'autre tesmoignage suffisant, mesme de la vie ou mort de son enfant lors de l'issuë de son ventre, et après se trouve l'enfant avoir esté privé, tant du saint sacrement de baptesme, que sépulture publique et accoustumée, soit telle femme, tenuë et réputée d'avoir homicidé son enfant. Et pour réparation punie de mort et dernier supplice et de telle rigueur que la qualité particulière du cas le méritera* » (3). La femme coupable de ce crime et ses complices étaient pendus jusqu'à ce que mort s'ensuive après avoir été préalablement soumis à la question, c'est-à-dire à la torture.

Pour que cette peine soit applicable, il faut le concours de plusieurs conditions : 1° l'existence du corps du délit qui est la plus nécessaire de toutes les conditions. Serpillon nous dit qu'en l'absence de cet élément, il n'est pas présumé qu'il y ait crime et il ajoute : « La partie publique ne peut, à moins qu'il n'existe un corps de délit, forcer une fille à déclarer ce qu'est devenu son fruit, il est possible que l'enfant ait été élevé par un père qui ne veut pas être connu » ; 2° qu'il y ait preuve tant de la grossesse que de l'accouchement de la fille ; 3° que la fille n'ait pas déclaré son état de grossesse à des personnes qui puissent en rendre témoignage ; 4° que l'en-

(3) Voyez *Recueil général des anciennes lois françaises*. ISAMBERT, tome XIII, p. 471.

fant soit venu à temps ; 5° que l'enfant ait été privé du Baptême et 6° qu'il ait été privé de la sépulture chrétienne. Si une de ces conditions requises par l'Edit manque, le crime n'est pas prouvé (4). Un arrêt du 16 juillet 1716 a jugé que la grossesse recélée n'est sujette aux peines de la loi que lorsque l'enfant a été privé du Baptême et de la sépulture (5). Dans la collection de Denisart, on voit par exemple qu'une fille nommée « Marie Chevalier, s'étant abandonnée à Maxilien Bouchet sous prétexte de promesse de mariage, devint grosse et cacha sa grossesse à ses père et mère » ; inculpée, elle fut acquittée par la Cour après avoir prouvé que son enfant n'avait pas été privé du Baptême et de la sépulture (6). Il est donc évident que cet Edit visait l'infanticide lequel était présumé en cas de recèlement de la grossesse. Les juges n'avaient pas à s'occuper du point de savoir si l'enfant était né viable, s'il avait péri de mort naturelle ou par accident. Il y avait présomption suffisante du crime pour faire prononcer la condamnation de l'accusée qui n'avait pas fait de déclaration de grossesse. D'ailleurs, le chancelier d'Aguesseau avait élevé son éloquente voix contre une législation qui condamnait à mort sur une simple présomption de culpabilité. « Il ne peut être jamais permis, dit-il, de condamner des accusés sans preuves légitimes et portées jusqu'à la conviction. Les présomptions n'acquièrent le degré de preuves suffisantes qu'autant qu'elles peuvent présenter une certitude aussi parfaite que les pièces mêmes et que

(4) Voyez : SERPILLON, *Code criminel ou commentaire sur l'Ordonnance de 1670*. Lyon, 1767, tome I, p. 120 et suiv., et MUYART DE VOUTIGLANS, *op. cit.*

(5) SERPILLON, *op. cit.*

(6) DENISART : *Collection des décisions de Jurisprudence*. Paris, 1771, au mot « grossesse ».

les conséquences qui en résultent soient aussi claires que le jour... » (7).

Peu à peu, la jurisprudence avait rapproché l'infraction prévue par l'Edit de Henri II de l'avortement. L'enfant que protège cet Edit peut être non seulement un enfant nouveau-né mais un enfant simplement conçu. La privation du Baptême est, pour l'un et pour l'autre, également funeste (8). Mais jusqu'à la fin de l'Ancien Droit, on avait soin de distinguer le délit prévu par l'Edit de 1556 connu sous la qualification de « recèlement de la grossesse » et l'avortement proprement dit.

Au XVIII^e siècle, la répression de ce crime avait atteint en France le maximum de rigueur. D'après Jousse (9), l'avortement se commet de trois manières : 1^o en empêchant la conception ; 2^o en procurant la sortie du fœtus déjà animé ; 3^o en forçant l'accouchement avant le temps par des potions et des médicaments défendus. Car, prendre des mesures anticonceptionnelles, c'est empêcher la naissance d'une âme, ce qui ne diffère en rien, d'après les Pères de l'Eglise, de l'homicide (10). La peine, d'après la plupart des auteurs, est la mort. Ainsi Jean Duret dit que « la femme qui prend des breuvages pour empêcher la conception doit être jetée dans la rivière ou perdre la vie par autre supplice (11). Mais, d'après Jousse, dans ce cas la peine est moindre et arbitraire, et il ajoute que puisqu'il est bien difficile de prouver ce

(7) D'AGUESSEAU : *Œuvres*, tom. XII, p. 644.

(8) Voyez : *Encyclopédie de Jurisprudence*, Bruxelles, 1777, au mot : grossesse ; *Dictionnaire ou Traité de la police générale*, par FRÉMINVILLE, Paris, 1758, au mot « grossesse » ; *Dictionnaire du Droit canonique*, par DURAND DE MAILLANE, Lyon, 1770, au mot : homicide.

(9) JOUSSE : *Traité de la Justice criminelle en France*. Paris, 1771, tome IV, p. 20.

(10) Voyez l'*Encyclopédie de Jurisprudence*, op. cit.

(11) JEAN DURET : *Traité des peines et amendes*. Lyon, 1610, p. 63.

fait, il n'arrive presque jamais qu'on ait des exemples de ces sortes de punitions.

La peine généralement infligée à cette époque pour l'avortement était la mort, et les tribunaux invoquaient pour son application l'Edit de Henri II qui était confirmé par un grand nombre d'ordonnances postérieures, dont la dernière est celle de Louis XV de 1735. Mais, en présence de l'insuffisance de cette source législative pour réprimer les diverses variétés de ce crime, les juristes recouraient au Droit romain.

On sait en effet que, depuis plusieurs siècles, les juristes faisaient marcher devant eux la loi romaine qui, d'après l'expression de M. Esmein, semblait alors une morte auguste nouvellement sortie du tombeau. Il est évident que le Droit invoqué par les auteurs de l'Ancien Régime n'était pas ce que nous avons rencontré à Rome, mais un Droit romain interprété conformément aux tendances de cette époque.

Les distinctions admises par les auteurs de l'Ancien Droit dans la répression de l'avortement étaient nombreuses, les unes étaient inspirées par la religion chrétienne, les autres par le Droit romain.

Une distinction profondément ancrée dans l'esprit de tous les peuples chrétiens d'Occident et dont nous avons eu déjà maintes fois l'occasion de parler, était celle du fœtus animé et inanimé.

Jusqu'au XVIII^e siècle, personne ne contestait la différence énorme qui existe entre le fait de suspendre le cours de la grossesse avant l'animation et celui de tuer l'âme du fœtus déjà développé. Cette idée se rencontre aussi bien à l'étranger qu'en France. Farinacius indique que, dans le premier cas, la peine doit être arbitraire

(12) et Jean Duret, exposant le Droit français du xvii^e siècle, est du même avis (13). Pour justifier cette opinion, ces auteurs invoquent les textes du Digeste que nous avons déjà cités ci-dessus (14).

On sait que les jurisconsultes romains du iii^e siècle n'ont jamais songé à faire la distinction d'après l'animation ou non du fœtus, mais celle-ci y avait pénétré par une interprétation bien audacieuse.

Accurse en présence de la loi 4 (Digeste *de extraord. crim.*) qui punit l'avortement de la peine du bannissement au lieu de la peine capitale prononcée par les autres lois, a imaginé que, dans cette première loi, il s'agissait d'un avortement pratiqué avant le temps de la formation du fœtus tandis que, dans les autres, il fallait supposer que l'enfant était déjà formé. « *Ante quadraginta dies quia ante non erat homo, postea de homicidio tenetur* (15).

De plus, ils ont cru trouver un argument en faveur de cette distinction dans la loi 38, paragraphe 5 Dig. « Des peines » (16). La dernière phrase de cette loi dit que, si, par le breuvage administré, une femme ou un homme a péri, les coupables seront punis du dernier supplice. Par un malentendu de la phrase « *si homo perierit* » ils ont supposé que cette loi punissait de la peine capitale l'avortement quand celui qui devait périr par un breuvage donné à sa mère est homme, c'est-à-dire s'il avait déjà reçu l'âme humaine, tandis qu'une simple lecture

du texte prouve que le mot *homo* ne doit pas s'entendre

(12) FARINACIUS : *Opera omnia*, tome V, ed. 1610, *queest.* 134, 137, 156 et s.

(13) JEAN DURET, *op. cit.*

(14) P. 60 et s.

(15) Accurse dans la glose, in l. 4 Dig. de ext. ord. crimes.

(16) Voyez le texte de la loi, *supra*, p...

du texte prouve que le mot « homo », ne doit pas s'entendre de l'enfant qui périt par un breuvage donné à la mère, mais d'un homme qui avait absorbé une substance que les lois appellent *amatorium poculum*. On se souvient que la loi 38 § 5 a un double objet : elle réprime l'administration des substances abortives et des philtres d'amour. Malgré la clarté du texte il paraît que cette fausse interprétation était unanimement admise (17).

Cependant, au XVIII^e siècle, les auteurs semblent rejeter en France cette distinction en présence de l'impossibilité de fixer le moment où l'âme raisonnable s'unit au corps du fœtus, sans compter la difficulté de prouver l'époque précise de la grossesse. Le chancelier d'Aguesseau, après avoir longuement discuté cette question dans son ouvrage « *Sur l'état des personnes* », nous affirme que le Droit de son époque n'admet aucune distinction d'après le temps de la grossesse. Mais il ajoute que « s'il s'agissait de faire une ordonnance sur cette matière, il semble qu'il y aurait lieu de l'adopter et d'imposer des peines plus sévères à ceux qui tuent un enfant déjà formé qu'à ceux qui préviennent le temps de l'animation » (18).

Une autre distinction qui se trouve notamment dans l'ouvrage de d'Aguesseau, c'est celle fondée sur la qualité de l'auteur du crime. On distingue entre l'avortement commis par la femme enceinte ou son mari et celui commis par un étranger et cela non pas pour punir dans le premier cas avec une certaine indulgence comme le font tous les Codes pénaux actuels, mais au contraire pour infliger à la femme enceinte qui se fait avorter la peine de parricide. D'Aguesseau nous dit qu'« un enfant dans

(17) Voyez : JOUSSE, *op. cit.*; SERPILLON, *op. cit.*; FARINACIUS, *quest.* 134. Elle fut même admise au XIX^e siècle par CHAUVÉAU et HÉLIE, *Théorie du Code pénal*. Paris, 1872, t. IV, p. 60 et suiv.

(18) D'AGUESSEAU : *Œuvres*, t. V, p. 453.

le ventre de sa mère est réputé né, toutes les fois que l'intérêt de sa vie et de sa conservation le demande. Celui qui lui donne la mort est considéré comme un homicide. Mais ce qui, en la personne d'un étranger, n'est appelé qu'un homicide, mérite le nom de parricide en la personne d'un père ou d'une mère », et il conclut que « leur supplice doit être beaucoup plus grand que celui des autres coupables ».

En outre, dans les ouvrages des criminalistes de cette époque, on trouve une série de circonstances atténuantes, dont l'intervention entraîne une peine moins sévère laissée à l'arbitraire du juge.

Une première atténuation de peine peut résulter de l'intention de l'auteur. Dans le cas où quelqu'un donne une substance abortive sans avoir le dessein de tuer le fœtus, la peine applicable doit être l'exil ou les mines d'après la loi 38 § 5 du Digeste.

Ensuite la peine peut être moins sévère d'après Jousse dans le cas d'une fille qui se fait avorter pour sauver son honneur mais seulement s'il s'agit d'une fille très jeune.

Il faut aussi noter que la tentative est punie d'une peine moindre et arbitraire. Et, d'après l'opinion de ces auteurs qui est aussi celle de l'Eglise, il y a simple tentative lorsque l'accouchement, quoique forcé et anticipé par des médicaments ou d'autres manœuvres, est suivi de la naissance de l'enfant vivant (19).

Enfin, si la femme provoque son avortement sans intention criminelle, en se livrant par exemple à un travail fatigant, elle ne peut être tenue que d'homicide casuel, en d'autres termes, d'homicide par imprudence.

On voit par là jusqu'à quel point était poussée la ri-

(19) FARINACIUS, *op. cit.*; JOUSSE, *op. cit.* Julius CLARUS dans l'« *Encyclopédie du Droit*, Sebire et Carteret, 1839, tome II, p. 397.

gueur de la répression dans l'Ancien Droit. L'avortement était un crime grave quelles que fussent les circonstances qui l'eussent provoqué. Dans « l'Encyclopédie de Jurisprudence » de Bruxelles nous lisons que « si on ne peut sauver la femme que par le sacrifice de l'enfant, la loi veut que la mère soit sacrifiée. Cette loi est une loi de religion qui ne considère que le salut de l'âme de l'enfant » (20).

§ 2

Le Droit étranger

L'Europe, au cours de notre période, a connu les solutions les plus variées quant à la répression de ce crime. Jusqu'à une époque bien avancée du XVIII^e siècle, la doctrine s'en tint fermement à la distinction d'après le temps de la grossesse. D'une façon générale, l'avortement commis sur un embryon qui n'avait pas encore reçu *l'anima rationalis* était puni d'une peine arbitraire, laquelle souvent n'était qu'une simple amende. L'Allemagne se trouvait, à cette époque, morcelée en une série d'Etats, ayant chacun ses traditions et ses coutumes locales. Cependant, au XVI^e siècle, Charles-Quint concevait l'idée d'une ordonnance pénale qui deviendrait le fondement d'un Droit commun pour toute l'Allemagne. De cet effort est sorti la Carolina qui est le premier Code pénal des peuples modernes et dont l'influence fut énorme non seulement en Allemagne où il régnait d'une façon incontestable jusqu'au Code de Bavière de 1813, mais dans l'Europe entière.

(20) *Encyclopédie de Jurisprudence*. Bruxelles, 1777, au mot « accouchement ».

La Carolina assimilait l'avortement à l'infanticide quand le fœtus était formé. Dans le cas où l'interruption de la grossesse n'était pas intentionnelle, la peine était plus légère.

L'article 133 de ce Code dit : « Celui qui fait avorter l'enfant vivant d'une femme par des manœuvres, par le moyen d'aliments ou de boissons, quand cette mauvaise action s'accomplit intentionnellement ou malignement, si c'est un homme, il sera puni de mort par le glaive comme un meurtrier, et si c'est une femme, même lorsqu'elle a opéré sur elle-même, elle sera noyée ou punie autrement de mort. Mais si un enfant, n'étant pas encore vivant, a été expulsé par une femme, il faudra prendre l'avis des experts en droit ».

L'exécution de la peine capitale était pratiquée contre les femmes coupables de ce crime avec la plus grande cruauté. On trouve des traces du symbolisme dans toutes les législations anciennes et primitives. Mais c'est surtout en Allemagne que le symbolisme est employé ; parmi les peines atrocement expressives était celle du pal réservée pour les femmes coupables d'avortement, on passait un picu à travers les entrailles de la femme qui avait tué le fruit de ses entrailles. Dans d'autres régions, on submergeait les femmes coupables de ce crime cousues dans un sac, on leur ôtait la vie par le feu, ou on les enterrait vives dans la terre.

Les constitutions saxonnes IV, 4, distinguaient entre la première et la seconde moitié de la grossesse. Le même système était suivi en Autriche et dans la coutume générale de Prusse (art. 986) (1). Cette distinction fut attaquée dans la première moitié du XVIII^e siècle, no-

(1) Voyez : Franz von Liszt ; *Traité de Droit pénal allemand*. Paris, 1913, t. II, p. 52.

tamment par Leyser. Mais son opinion ne prévalut que peu à peu.

En Lorraine, l'avortement et l'infanticide n'étaient pas prévus par la loi civile. Mais, en 1711, le duc Léopold a édicté une ordonnance sévère, inspirée évidemment du Droit français : « Quoique la naissance des enfants naturels, dit le préambule de cette loi, soit le fruit de l'incontinence de leurs pères et mères, qui sacrifient à une passion déréglée les devoirs du Christianisme et le soin de leur réputation, néanmoins, comme il naît d'une conjonction illégitime un citoyen à la République et un sujet à l'Etat, nous avons intérêt d'en établir la sécurité contre les attentats des mains parricides... Il y a des mères, ajoute-t-il, qui suffoquent leurs enfants nouveaux-nés, puis les jettent dans les fossés, ruisseaux, puits ou lieux immondes, les privant du Baptême et sépulture chrétienne, leur ôtant la vie spirituelle et temporelle, par un même crime, à l'horreur de la nature et au scandale de la religion ». Et il ordonne que toute fille ou veuve « lesquelles se seraient laissées séduire et rendre enceintes » seront tenues de venir déclarer leur grossesse à l'autorité compétente et, lorsque le moment de l'accouchement arrivera, elles devront « se faire assister de matrones (sages-femmes) et faire aussi appeler le principal officier de justice, en présence duquel et de son greffier et d'autres assistants, elles seront tenues de déclarer par serment, dans le détroit et les douleurs de l'enfantement, celui qui aura été l'auteur de leur grossesse ». On voit que ces malheureuses devaient littéralement accoucher en public. Mais si la fille ou veuve ne fait pas la déclaration exigée par la loi, il ne sera jamais admis par le juge que l'enfant soit venu au monde mort; la mère sera « présumée l'avoir détruit et lui avoir ôté

la vie », elle sera irrémissiblement condamnée à la peine du dernier supplice.

La même loi punit de la peine de mort l'avortement consommé. Pour la simple tentative, la peine est arbitraire (2).

En Espagne, on fait preuve de la même rigueur vis-à-vis de l'avortement. En 1265, Alphonse X avait promulgué un Code connu sous le titre de « *Las Partidas* » qui est considéré comme le fondement de la constitution politique et civile du royaume d'Espagne jusqu'au XVIII^e siècle.

La septième partie de ce Code qui est consacrée au Droit pénal reproduit en grande partie le Code de Justinien en le modifiant d'après les commandements de l'Eglise.

Las siete Partidas contient en notre matière la disposition suivante : « La femme enceinte qui prend sciemment des breuvages pour se faire avorter, ou qui se donne des coups de poing sur le ventre ou qui emploie tout autre moyen pour se défaire de la créature vivante qu'elle porte dans ses entrailles, doit subir pour ce fait la peine de mort. Que si on lui fait faire par force ce qu'il faut pour se faire avorter, ce n'est pas elle qui en aura la responsabilité ; que si le fœtus détruit par elle n'avait pas encore eu vie, elle sera seulement reléguée dans une île pour cinq ans. La même peine sera prononcée contre le mari qui aura frappé sa femme, la sachant enceinte, et voulant détruire le fruit de ses entrailles. Mais si c'est un étranger qui l'ait frappée avec la même intention criminelle et qu'il l'ait fait avorter d'un enfant vivant, il encourra pour ce crime la peine de mort (3).

(2) Voyez l'analyse de cette Ordonnance par M. A. FOURNIER dans le *Bulletin Médical des Vosges*, 1900.

(3) *Partid VII*, tit. VII, ley 8.

§ 3

Le Code pénal de 1791

L'Edit de Henri II avait donné lieu, en France, à des abus très fâcheux. Notamment dans les provinces, les gens de justice, sur simples indications, procédaient à des investigations scandaleuses au détriment des filles soupçonnées de grossesse. En 1761, le Parlement de Paris fut obligé de mettre un frein à cet excès de zèle de ses subordonnés et fit « défenses aux officiers de justice de faire, à l'avenir, de pareils réquisitoires, sauf dans le cas où par des informations juridiquement faites des femmes veuves ou filles seraient chargées d'avoir célé leur grossesse et d'être accouchées sans l'avoir déclarée » (1). Et il est évident que cette protection cruelle de la Morale se pratiquait uniquement sur le menu peuple, tandis que les classes privilégiées pouvaient se donner librement à toutes sortes de débauches. Dans un arrêt du Parlement de Toulouse (2), on voit que le juge et le Procureur fiscal, ayant reçu une déclaration de grossesse d'une fille ou veuve, étaient obligés, lorsqu'il s'agissait d'une domestique ou d'une plébéienne, de la faire mettre en sûreté, c'est-à-dire sous garde.

Il est donc explicable que la Révolution ait aboli cette loi tyrannique qui plaçait les filles-mères entre le crime et le déshonneur public. Mais quelle fut l'attitude du législateur révolutionnaire envers l'avortement proprement dit ?

Nous avons suffisamment montré le caractère nette-

(1) DENISART, *op. cit.*

(2) *Dictionnaire de la police générale*, par FREMINVILLE, *op. cit.*

ment religieux de ce crime. Or, il est clair que la Révolution, qui a voulu parer à toutes les exagérations religieuses, avait l'intention de laisser, autant que possible, les femmes libres de disposer de leur propre corps, comme il l'a fait pour ceux qui souffraient sous les liens insupportables d'un mariage malheureux en leur accordant le droit de demander le divorce ou pour ceux qui, inconsidérément, avaient renoncé à la vie présente, en supprimant le vœu monastique. Une telle solution serait conforme à l'esprit individualiste et libéral de l'époque et aussi à l'enseignement des grands théoriciens du XVIII^e siècle et notamment de Rousseau, Voltaire et Beccaria qui avaient vivement protesté contre la cruauté de l'Ancien Droit envers les malheureuses victimes de l'égoïsme de l'homme. Ce dernier, dont l'influence fut considérable en France, en parlant de l'infanticide, avait dit : « Ce crime est encore l'effet presque inévitable de l'affreuse situation où se trouve une infortunée qui a cédé à sa propre faiblesse ou à la violence ; d'un côté, l'infamie, de l'autre, la destruction d'un être incapable de sentir, voilà le choix que les lois lui laissent à faire ; doutera-t-on qu'elle ne préfère le parti qui la dérobe à la honte et à la misère elle et le triste fruit de ses plaisirs ? » (3).

C'est ainsi que le législateur de 1791, fidèle à ses principes, a renoncé à toute répression contre la femme coupable de s'être procuré à elle-même l'avortement. Il a pensé que celle-ci, faible, sans aucune expérience de la vie, n'a commis qu'une seule faute, celle de croire aux sentiments de son séducteur ! Mais ce n'est pas la même chose pour ce dernier, qui veut éviter les obligations résultant de ses œuvres, ou pour le mari qui veut éviter

(3) BECCARIA : *Traité des délits et des peines*, ch. XXX.

une nouvelle charge dans le ménage et oblige sa femme à se faire avorter ou enfin pour le tiers qui, par cupidité, aide la femme à commettre un tel acte. Le code de 1791 contient à l'adresse de ceux-ci la disposition suivante : « Quiconque sera convaincu d'avoir, par breuvage, par violence, ou par tout autre moyen, procuré l'avortement d'une femme enceinte, sera puni de vingt années de fers » (4).

L'avortement commis par la femme enceinte sans complice restait donc impuni. Mais il faut remarquer que le Code pénal de 1791 n'a pas été ainsi interprété par tous les auteurs du *xix^e* siècle. A un moment où l'opinion publique en France en était revenu aux principes traditionnels, cette impunité de la femme meurtrière du fruit de ses entrailles a paru choquante, et quelques criminalistes ont prétendu que le mot « quiconque » employé par la loi, signifiait : qui que ce soit, quelque personne que ce soit, et par conséquent même la femme enceinte qui provoque son propre avortement.

Il est inutile de montrer la fausseté de cette interprétation qui est en flagrante contradiction aussi bien avec l'esprit qu'avec la lettre du Code révolutionnaire. Si celui-ci avait voulu punir la femme, il se serait exprimé sans doute d'une manière différente. Le mot « quiconque » placé au commencement de la phrase est en effet en opposition frappante avec les mots « d'une femme enceinte », qui la terminent. Il est clair qu'il suppose deux êtres, dont l'un joue le rôle actif et l'autre, le rôle passif. Et le mot violence qui se trouve dans l'article vient encore à l'appui de cette interprétation.

Merlin, dans son Répertoire, constate que, pour les

(4) Art. 17, sect. 1^{re}, tit. II, 2^e partie du *Code pénal*.

hommes de la Révolution, la femme qui se fait avorter ne se rend nullement coupable d'un homicide, comme il était unanimement admis jusqu'à cette époque.

Le Graverend, écrivant au commencement du xix^e siècle, reconnaît que le Code de 1791 ne prévoit que le tiers mais il propose un moyen ingénieux pour atteindre la femme. « Si des breuvages, dit-il, avaient été présentés, préparés, employés avec intention par un individu quelconque, et qu'une femme enceinte en eût fait sciemment usage, il semble qu'en considérant cet individu comme auteur de l'avortement, on eût pu poursuivre la femme comme complice (5). Mais si on accepte cette manière de penser on serait obligé, en cas de suicide par exemple de dire par analogie que celui qui a procuré à une personne les moyens de se tuer, doit être considéré comme auteur d'un meurtre et, par suite, celui qui se tue comme complice de son propre homicide.

A l'heure actuelle, les auteurs reconnaissent d'une façon unanime que le Code de 1791 laissait sans aucune répression les femmes enceintes coupables de ce crime, mais ils ne veulent pas expliquer cette impunité de la façon dont nous l'avons fait. Ils préfèrent voir là un simple artifice législatif destiné à pousser la femme, sûre de l'impunité, à dénoncer ses complices (6).

Cette interprétation de la pensée du législateur de l'époque intermédiaire est une invention récente et elle est, d'après nous, complètement étrangère à son esprit. Quand une loi poursuit ce but, elle se borne à édicter l'impunité du coupable qui contribue à l'arrestation de ses complices. C'est de cette façon qu'opère pour cer-

(5) LE GRAVEREND : *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, 1816, t. II, p. 124.

(6) Voyez dans ce sens M. GARRAUD, *op. cit.*

tains crimes le Code actuellement en vigueur lorsqu'il déclare que « les personnes coupables seront exemptes de peine si, avant la consommation de ces crimes et avant toutes poursuites, elles en ont donné connaissance et révélé les auteurs aux autorités constituées ou si, même après les poursuites commencées, elles ont procuré l'arrestation des autres coupables » (7).

Et c'est au surplus la seule méthode convenable. Si la loi n'incriminait pas le fait en la personne de l'auteur du délit, si toute poursuite contre lui était impossible, comment pourrait-on obtenir qu'il révèle les noms de ses complices ? La femme coupable de s'être fait avorter, aurait-elle intérêt à dénoncer ceux qui l'ont aidée dans son désespoir, au risque de compromettre par cette dénonciation son propre honneur ? (8).

Il faut renoncer à prêter au législateur révolutionnaire des desseins en opposition avec sa conception de la justice et l'idéal qu'il poursuivait.

(7) Voyez p. ex. les articles : 138 et 435 du *Code pénal*.

(8) Voyez ci-dessous le projet voté par le Sénat en 1910 et 1919 qui accordait une excuse absolutoire à la femme qui « *dénonce ses complices* ».

Troisième Partie

L'Avortement dans les Codes Pénaux actuels

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Au cours du xix^e siècle, se dessine une évolution contraire à celle que nous avons rencontrée jusqu'à maintenant. La répression de l'avortement, après avoir atteint pendant le siècle précédent le maximum de rigueur, commence déjà, sous l'influence des idées nouvelles, à s'adoucir.

L'affaiblissement de l'influence religieuse, la pleine émancipation de l'Etat du pouvoir spirituel, les protestations des philosophes du xviii^e siècle, la sensibilité continuellement grandissante, une évolution enfin des mœurs dans le sens de la liberté, contribuent à l'amélioration du sort de la fille séduite, qui, dans un moment de désespoir, détruit le fruit de son imprudence.

Les législations de divers Etats, s'éloignant de plus en plus de la thèse théologique, n'assimilent plus l'avortement à l'homicide et une peine plus ou moins légère est infligée aux coupables de ce délit.

Dans les codes du xix^e siècle, la distinction entre l'anéantissement d'un fœtus animé ou d'un embryon pas encore formé est déjà complètement abandonnée. Ceci est dû, peut-être, comme on le dit, à la prépondérance dans le monde scientifique de la théorie de l'animation

immédiate du fœtus, mais c'est le résultat, aussi et surtout, de ce fait que le législateur moderne donne moins d'importance à la question métaphysique de l'âme du fœtus.

Au contraire, une autre distinction se rencontre dans les codes pénaux de presque tous les pays, excepté la France, entre l'avortement commis par une personne qui agit du consentement de la femme enceinte et celui commis par une personne qui agit sans ce consentement.

Cette distinction prouve suffisamment l'éloignement du législateur de l'opinion chrétienne d'après laquelle le fœtus est un être humain parfaitement distinct de la femme qui le porte dans son sein. Si on restait fidèle à cette idée, à quoi bon distinguer les deux cas de fœticide ? Pour quelle raison une personne qui tue le fœtus serait-elle traitée avec plus d'indulgence lorsqu'elle agit avec le consentement de la mère ? Le fait de tenir compte de ce consentement pour déterminer la peine de l'avortement, ne témoigne-t-il pas d'un certain retour aux idées de l'antiquité qui reconnaissait à la femme le droit de disposer de ses entrailles ? On se souvient que ce droit était totalement refusé pendant toute l'époque de la prédominance de l'Eglise, au point que d'Aguesseau mettait à part l'avortement qui est l'œuvre des parents, pour lui infliger la peine du parricide.

Mais au XIX^e siècle, une autre idée, qui n'est pas d'ailleurs complètement neuve, se développe et devient la cause essentielle de la répression de l'avortement. A notre époque, la rivalité entre les divers Etats de l'Europe s'accroît d'une façon menaçante, des tendances impérialistes se manifestent ici ou là et les Etats comprennent que, pour vivre, ils doivent être forts. Il est donc naturel d'envisager les pratiques abortives qui di-

minuent le nombre des naissances avec hostilité, et de punir ceux qui détruisent le matériel humain de la défense nationale. Ainsi l'avortement qui, jusqu'à une certaine époque, n'était qu'un crime contre la Morale et notamment contre la Morale religieuse, devient en même temps un crime contre l'Etat et de cette façon un facteur nouveau s'ajoute en faveur de sa répression, qui dépend des tendances politiques de chaque Etat. Cependant, jusqu'à une date bien récente, les législations de tous les pays civilisés interdisaient l'avortement d'une façon absolue, et il n'existait entre elles que quelques différences de détail.

Mais, depuis le bouleversement des idées qui a suivi la grande guerre, avec le changement des mœurs et l'émancipation de la femme, une ère nouvelle commence en la matière. Le législateur, après avoir abaissé, autant qu'il l'a pu, la peine de la femme qui se fait avorter, déclare à l'heure actuelle nettement son intention de supprimer toute répression à son égard, et, s'il ne le dit pas formellement dans tous les pays, il établit pourtant une liste plus ou moins longue des circonstances dans lesquelles l'avortement constitue un droit pour la femme enceinte. La répression de l'avortement ne vise actuellement à peu près que les personnes qui, par cupidité aident les femmes à ces pratiques nuisibles à l'Etat, et dangereuses pour la santé et la vie de la femme.

On peut dire que, dans plusieurs codes récents, la protection de la femme enceinte constitue la seule préoccupation du législateur qui ne témoigne plus d'aucun intérêt pour la vie embryonnaire. L'avortement dans le dernier état de son évolution devient un délit contre la femme enceinte.

A l'heure actuelle, l'idée de l'avortement-homicide est

complètement abandonnée. Si l'enfant conçu ne différerait en rien de l'enfant déjà né, comme on le croyait autrefois, il ne serait pas possible de le laisser à la merci de la mère ou, dans certains cas, de le condamner à mort. Il est facile de constater au surplus que les articles concernant l'avortement dans la plupart des codes pénaux récents, ne figurent plus dans les chapitres consacrés aux crimes et délits contre la vie, mais se trouvent placés parmi les dispositions qui répriment les délits contre les mœurs ou contre la santé publique.

Il est donc incontestable que la Morale du xx^e siècle ne condamne l'avortement que d'une façon bien relative ; et ainsi, l'évolution, qui fait l'objet de cette étude, prend nettement la forme circulaire et tend à revenir à son point de départ.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT FRANÇAIS

§ 1^{er}

Le Code de 1810

Au commencement du xix^e siècle, l'opinion publique en France, fatiguée des expériences de la Révolution, marquait une tendance à retourner aux principes traditionnels. Lorsque le code pénal fut soumis à la discussion du Conseil d'Etat, on agita la question de savoir si on devait ranger l'avortement dans la catégorie de l'infanticide en infligeant à tous les deux la peine de mort. Mais il fut admis que les deux cas ne pouvaient être assimilés, et le Code de 1810 avait appliqué la réclusion, ou les travaux forcés à l'avortement au moment où l'infanticide était puni de la peine capitale. « Parce que, nous dit l'exposé des motifs, dans l'état de relâchement où sont les mœurs, il est possible qu'une mère séduite, par une fausse honte croie plutôt prévenir qu'anéantir l'existence de l'enfant qu'elle porte dans son sein ».

L'article 317 primitif nous disait : « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences ou par tout

autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. Paragraphe 2. — La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi. Paragraphe 3. — Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu ».

D'après ce texte, la femme n'était punie que si le délit était consommé ; le législateur, ayant notamment en vue l'intérêt de l'enfant, n'avait pas voulu réprimer la simple tentative. Mais le même régime s'appliquait-il aux tiers ?

La question s'est présentée, le 16 octobre 1817, devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a répondu négativement et, depuis lors, la jurisprudence, appliquant l'article 2 du Code pénal, a assimilé au regard des tiers, la tentative au délit consommé (1).

Cette opinion de la jurisprudence a été à peu près unanimement combattue par la doctrine (2) d'après laquelle l'article 317 n'envisageait que le délit consommé. En effet, le législateur se servait dans les trois cas d'expressions semblables : pour le délit des techniciens, il disait que la peine est applicable « dans le cas où l'avortement aurait eu lieu » ; pour la femme enceinte, qu'elle serait punie « si l'avortement s'en est suivi » ; et

(1) *Bull. crim.*, N° 96. DALLOZ, *rép.* V° avortement, n° 11.

(2) Voyez dans ce sens : LE GRAVEREND, *op. cit.*, t. I, p. 123; CARNOT, *op. cit.*, t. II, p. 63; CHAUVEAU Ad. et FAUSTIN HÉLIE : *Théorie du Code pénal*, Paris, 1872, t. IV, p. 70. Seul M. BLANCHE : *Etude sur le Code pénal*, t. IV, approuvait la solution de la Jurisprudence.

dans le premier paragraphe il parlait également de *quiconque aura procuré l'avortement*. D'ailleurs, son intention de ne pas punir l'avortement tenté résultait clairement des travaux préparatoires du Code où l'on voit que plusieurs amendements proposés pour punir la tentative furent repoussés.

Pourtant, la jurisprudence n'a pas voulu laisser à l'abri des poursuites les tiers, auteurs d'une tentative d'avortement et, pour les atteindre, elle a tiré parti de l'expression équivoque du premier paragraphe. Mais pour le cas le plus grave, prévu par le paragraphe 3, la loi était formelle et la jurisprudence fut obligé de recourir à un artifice en contradiction avec les principes fondamentaux du Code pénal. Elle avait admis que les médecins et autres officiers de santé devaient rentrer, au cas de simple tentative, dans la disposition du premier paragraphe et subir la peine de réclusion au lieu de celle des travaux forcés prévue pour le crime consommé ; or, on sait que le Droit français dans la détermination de la peine ne fait nulle part cette distinction.

Le législateur de 1810, fidèle aux idées théologiques, a interdit l'avortement d'une façon absolue et il n'a prévu aucun cas où les médecins pourraient provoquer l'interruption de la grossesse dans un but thérapeutique (3). Mais la conscience médicale s'éleva au-dessus du texte légal et l'avortement fut de tout temps pratiqué aussi bien dans les cliniques privées que dans les hôpitaux publics, toutes les fois que la continuation de la grossesse devenait un danger pour la mère. Et la jurisprudence française très prudemment n'a pas voulu interdire cette pratique qui était pourtant bien illégale.

(3) C'est pour ces raisons que les tribunaux belges, quand ils appliquaient le Code pénal français de 1810, ne punissaient jamais la tentative. (Voyez NYPÉLS : *Législation criminelle de la Belgique*.)

La Doctrine a eu cependant beaucoup de difficulté à justifier cette pratique et on peut dire que les solutions par elles proposées, ne sont pas satisfaisantes et pas conformes aux réalités. Il y a des écrivains qui déprécient l'importance que la question présente au point de vue pratique. C'est ainsi que M. Garraud écrit : « La provocation chirurgicale de l'avortement est une question uniquement scientifique du domaine de l'art obstétrical. Nous n'en parlerons donc pas ici. Ce que la loi pénale prévoit et punit, en effet, c'est l'avortement clandestin conçu dans un but criminel. Elle n'a pu songer à défendre aux médecins et chirurgiens, soit de provoquer l'accouchement prématuré artificiel soit de sacrifier l'enfant à la mère afin d'éviter à cette dernière les dangers certains de l'opération césarienne. L'avortement provoqué — c'est un point qui ne se discute plus aujourd'hui — peut être une opération nécessaire au point de vue médical » (4). Et dans la dernière édition du traité de M. Garraud, ce passage est éliminé. Cependant, la provocation chirurgicale d'une naissance avant terme n'est pas une question qui échappe au domaine du Droit pénal, car, pour déterminer la notion d'avortement criminel, il faut fixer les cas où l'avortement est permis et ceci est impossible sans déterminer le droit du médecin à détruire le fœtus.

D'après une opinion, si l'avortement n'est pas puni dans ce cas, c'est parce que l'intention criminelle fait défaut (5) ce qui n'est pas vrai, car l'intention n'est pas autre chose que la connaissance que l'agent possède

(4) *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, édition 1900, t. IV, p. 1755.

(5) Voyez BRILLAUD-LANJARDIÈRE : *De l'avortement provoqué*. Paris, 1862.

qu'il accomplit un acte prohibé par la loi ; or, le médecin sait bien qu'il détruit le produit de la conception et que ceci est interdit par la loi et sur ce point, il y a une différence capitale entre une opération chirurgicale quelconque et l'avortement. Une opération ordinaire ne peut tomber sous le coup de l'article 309 du Code pénal qui punit les coups et blessures volontaires, malgré que l'élément matériel de cette infraction existe. Cet article, a, en effet, pour but de protéger l'intégrité du corps humain, et le médecin qui pratique l'opération poursuit exactement ce même but : protéger le corps du malade. Mais ce n'est pas du tout la même chose pour l'avortement, car, dans ce cas, ce n'est pas seulement l'acte matériel prévu par l'article 317 qui est accompli, mais l'intention du médecin est contraire à la protection que le dit article accorde à la vie embryonnaire. Entre le médecin qui pratique un avortement pour sauver la santé de la femme et celui qui le pratique pour sauver son honneur, il n'existe qu'une différence de motif, et le motif n'influe jamais sur l'existence du délit.

L'avortement donc est toujours un acte en lui-même délictueux et, pour trouver un fait justificatif, il faut recourir à la théorie générale de la responsabilité. C'est ainsi qu'on a fait appel à la théorie de la légitime défense, qui a l'avantage d'être plus large ; mais il n'est pas possible de considérer le fœtus comme un agresseur. Ce n'est que l'état de nécessité qui peut venir à l'aide du médecin. Cette théorie justifie parfaitement l'avortement dans les cas où il est pratiqué pour sauver la vie de la femme enceinte d'un danger imminent et c'est ce seul cas qu'envisagent les criminalistes. Nous avons vu que M. Garraud parle de l'avortement pratiqué pour éviter les dangers *certain*s de l'opération césarienne. M. Garçon

dit : « Les criminalistes et la jurisprudence reconnaissent unanimement que l'accoucheur ne commet aucun crime en cas d'*extrême danger de la mère*. Pour nous, le médecin est justifié par l'état de nécessité. La nature oppose l'une à l'autre deux existences : *dans le conflit extrême*, on peut sacrifier l'une ou l'autre sans crime... La mort de l'enfant n'est autorisée que si la vie de la mère court un extrême danger ».

Cette justification est d'une valeur incontestable, mais elle n'est pas suffisante, car ce n'est pas seulement dans ce cas que l'avortement est pratiqué. Les médecins y ont recours toutes les fois que la grossesse peut compromettre la santé de la femme, par exemple parce qu'elle est anémique. Dans ce cas, il n'est pas douteux que les éléments de l'état de nécessité ne se rencontrent pas, le danger n'étant pas un danger imminent.

§ 2

L'origine de la Loi du 27 mars 1923

L'article 317 n'a subi pendant un siècle aucune modification en ce qui concerne l'avortement, mais il tombait peu à peu en désuétude, car les peines trop sévères qu'il prévoyait ne faisait peur qu'aux jurés qui ne les appliquaient presque jamais. Le nombre des inculpés qui se présentaient devant la Cour d'Assises était infime en face des centaines de milliers d'avortements commis annuellement et, de plus, les 4/5^e d'entre eux étaient acquittés et les autres bénéficiaient des circonstances atténuantes. Voici un tableau du nombre des accusés et des acquittés pour un espace de dix ans :

Années	Accusés	Acquittés	Années	Accusés	Acquittés	
1903	48	32	1908	66	53	Parmi les accusés. 86 % sont des femmes.
1904	49	35	1909	77	57	
1905	54	38	1910	103	69	
1906	56	40	1911	78	49	
1907	63	50	1912	96	57	

En 1912, il y avait 858 affaires d'avortement classées sans suite, 166 qui se terminaient par un non-lieu, et 45 affaires seulement qui donnaient lieu à poursuites avec les 96 personnes accusées que nous voyons ci-dessus.

La faillite de la loi était imputée par tous les auteurs à la mentalité des jurés qui ne l'appliquaient plus, devenant ainsi les complices de ces crimes. Comme écrivait avec indignation M. Blet : « Les jurés ne punissent pas l'avortement parce qu'eux-mêmes se livrent à ce crime sur la personne de leur femme, fille ou maîtresse ».

La vérité c'était que les citoyens composant les jurys en France ne faisaient que suivre l'état d'esprit du siècle, car l'impunité de l'avortement se rencontre dans tous les pays. Mais tandis qu'ailleurs, le législateur n'a fait en notre matière que se conformer à l'opinion publique et à la Morale de son époque, en France, pour des raisons spéciales, il fut obligé d'organiser une lutte contre cette pratique.

On sait que la France a la plus petite natalité du monde entier. En un siècle, la population de l'Europe a presque triplé (1), et chaque année, le monde s'accroît de douze

(1) En 1800, l'Europe avait 175 millions d'hab. et, en 1900, 400 millions. C'est la même chose pour les autres continents. Le Japon, en 50 ans, a doublé de population; de 34 millions en 1875 il est passé à 70 millions en 1930.

millions d'habitants, seule la France reste presque stationnaire.

En 1789, la Russie avait 28 millions d'habitants ; en 1906 : 129 millions.

En 1789, l'Allemagne avait 28 millions d'habitants ; en 1906 : 57 millions.

En 1789, l'Autriche avait 18 millions d'habitants ; en 1906 : 44 millions.

En 1789, l'Angleterre avait 12 millions d'habitants ; en 1906 : 40 millions.

En 1789, la France avait 26 millions d'habitants ; en 1906 : 39 millions.

Voici un tableau qui montre l'augmentation moyenne annuelle par mille habitants pour les années 1891-1910.

Bulgarie	15,5
Russie	15,3
Allemagne	14,7
Angleterre	12,8
Hongrie	10,9
Italie	10,9
Belgique	9,8
France	0,8

L'accroissement de la population de la France se ralentit progressivement, le taux annuel de l'accroissement pour mille habitants a été : en 1821, 5,7 ; en 1841, 4,0 ; en 1881, 4,1 ; en 1901, 2,3 ; en 1906, 1,5. Le nombre des naissances sur mille habitants était :

En 1801	33
En 1810	32
En 1850	27
En 1880	25
En 1891-1900	22,2
En 1901-1908	20,9

Pourtant, la France est un pays riche et très prolifique pouvant nourrir au moins deux fois plus d'habitants, car elle est moins peuplée que les autres Etats d'Europe.

Par kilomètre carré, elle ne compte que soixante-quatorze habitants, tandis que pour :

La Belgique, il y a.....	252 habitants
L'Angleterre —	239 —
L'Italie —	121 —
L'Allemagne —	120 —

Il est donc inévitable, pour un pays riche et insuffisamment peuplé, qui est entouré de voisins prolifiques, de subir des invasions belliqueuses ou pacifiques et il n'est pas exagéré de dire que *la dénatalité met en danger l'existence même de la France.*

Quelques années avant la Grande Guerre, le législateur français a cru nécessaire de combattre la dénatalité en commençant par s'attaquer aux avortements.

La première esquisse des textes contre l'avortement apparaît dans les conclusions d'un rapport présenté à la sous-commission de la mortalité d'une commission inter-parlementaire de la dépopulation qui avait été instituée en 1902. Les mesures adoptées par la sous-commission dans les grandes lignes étaient les suivantes :

- 1° Réglementation des maisons d'accouchement ;
- 2° Correctionnalisation de l'avortement ;
- 3° Création d'un délit nouveau à la charge de celui qui aurait pratiqué des manœuvres abortives sur une femme crue, à tort, enceinte ;
- 4° Extension aux femmes enceintes d'une protection

analogue à celle que la loi du 19 avril 1898 avait instituée pour les enfants ;

5° Poursuites devant la juridiction correctionnelle des faits de propagande malthusienne.

Tandis que la Commission inter-parlementaire, poursuivait ses travaux, M. Lannelongue a présenté au Sénat une proposition de loi qui s'occupait du régime des maisons d'accouchement, de la correctionnalisation de l'avortement, et de la répression de tous les moyens de provocation à l'avortement. Il prévoyait aussi certaines restrictions au secret professionnel des médecins, une excuse absolutoire au profit de l'avortée qui dénonçait ses complices et enfin un droit de poursuite accordé aux syndicats médicaux.

Cette proposition votée par le Sénat n'a pu l'être par la Chambre. Il était impossible de prévoir quand la loi pourrait être votée, d'autant plus que les nombreux amendements déposés et l'importance des questions soulevées devaient prolonger indéfiniment la discussion.

C'est dans ces conditions que M. Ignace a eu l'idée de distraire de cette proposition les textes déjà votés par le Sénat qui visait la provocation anti-conceptionnelle et la provocation à l'avortement. Cette proposition a été déposée à la séance du 23 juillet 1920 et le 31 juillet 1920 fut promulguée la loi « Réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anti-conceptionnelle ».

Quelques années plus tard, le Gouvernement, s'inspirant du précédent qui avait consisté à détacher de la proposition de la loi générale les articles non contestés, a présenté un projet de loi modifiant les trois premiers paragraphes de l'article 317 du Code Pénal sur l'avortement. Le seul but de cette modification était la correc-

tionnalisation de la peine, afin de soustraire les affaires concernant l'avortement à la compétence du Jury. Ce projet, voté à toute vitesse, devint la loi du 27 mars 1923 (2).

§ 3

Commentaire du nouvel article 317

Le législateur de 1923 n'a pas voulu introduire des règles nouvelles. En dehors de la correctionnalisation de la peine et la consécration d'une peine moins sévère pour la femme avortée, il n'apporte que quelques précisions en consacrant les solutions déjà adoptées par la jurisprudence.

Pour que le délit d'avortement existe, il faut la réunion des trois éléments suivants :

1° Une condition préalable : la grossesse de la femme. La loi prévoit et punit le fait d'avoir procuré ou tenté de procurer « l'avortement d'une femme enceinte ». Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'une tentative, il faut à peine de nullité constater expressément l'existence d'un fœtus dont l'expulsion a fait l'objet des manœuvres abortives (1). Mais l'avortement peut être commis à toute époque de la grossesse, l'expulsion du produit de la conception, au point de vue légal, est punissable comme avortement, même s'il se réalise aussitôt après la fécondation.

2° Un élément matériel qui consiste dans l'emploi d'un procédé artificiel pour interrompre la grossesse d'une

(2) Voyez les origines de la loi du 31 juillet 1920 et de celle du 27 mars 1923 dans le *Recueil général des lois et des arrêts*. SIREY, année 1924, page 1624 et suivantes.

(1) Cass., 6 janvier 1859. D. 59-I-336.

femme. Peu importe en quoi consiste ce procédé. L'article 317 primitif indiquait les aliments, breuvages, médicaments, et les violences, le nouvel article a ajouté le mot « manœuvre ». Mais cette énumération n'a rien de limitatif. Ce moyen peut être par exemple un simple moyen psychique.

3° Un élément intentionnel qui consiste dans la conscience, chez l'agent, de commettre le délit d'avortement. L'article 317 ne serait pas applicable par exemple aux coups et blessures involontaires qui auraient provoqué l'avortement d'une femme enceinte. La loi de 1923, consacrant l'opinion de la Jurisprudence, prévoit formellement la même pénalité pour la tentative du délit quand l'auteur est une personne autre que la femme enceinte. Cette mention expresse de la répression de la tentative était nécessaire maintenant que l'avortement est devenu un simple délit.

En ce qui concerne la peine applicable, l'article 317 distingue trois cas qui peuvent être considérés comme correspondant à trois délits distincts.

C'est d'abord le délit commis par un tiers : la loi de 1923 a substitué à la réclusion prévue par le Code primitif la peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et une amende de cinq cents francs à dix mille francs. La peine est la même que le coupable ait agi contre le gré ou du consentement de la femme enceinte.

Cette confusion de deux cas complètement différent, due aux idées religieuses que nous avons développées plus haut a toujours été critiqué par la doctrine. Ainsi MM. Chauveau et Faustin Hélie disent : « la gravité du crime n'est certainement plus la même quand l'avortement s'est opéré sans le consentement de la femme et contre sa volonté... Il est donc à regretter que notre Code

n'ait pas, comme les législations étrangères, établi, dans ce cas, deux degrés... » (2) et M. Garraud ajoute que « cette distinction s'imposerait dans une législation rationnelle » (3).

Lorsque la femme enceinte n'a pas consenti, le crime est considérablement aggravé pour plusieurs raisons : c'est d'abord le danger qu'on lui fait courir, et qu'elle n'a point accepté ; c'est ensuite la violation de ses droits sur l'enfant qu'elle porte, une atteinte contre tout ce qu'elle peut avoir de plus précieux ; c'est enfin qu'un avortement entrepris dans ces conditions expose une femme innocente à passer pour complice de ce crime comme le remarquent MM. Chauveau et Faustin Hélie.

L'alinéa 2 de l'article 317 prévoit ensuite le délit de la femme enceinte qui peut consister soit dans un acte positif pour provoquer son propre avortement, soit dans un simple consentement donné à une autre personne qui la fait avorter. Le Législateur de 1923, cédant au courant des idées contemporaines a réduit la peine de la femme à un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de cent francs à deux mille francs.

Enfin, le troisième alinéa de cet article concerne le délit du technicien. La plupart des législations prévoient, dans ce cas, une circonstance aggravante à raison de la facilité que les personnes de l'art ont pour commettre ce délit et du but de lucre qu'elles poursuivent. Naturellement, le nombre des avortements serait infiniment moindre s'il n'existait des médecins et des sages-femmes qui offrent leurs services aux personnes voulant se faire avorter. L'énumération de ces techniciens est complétée

(2) CHAUXVEAU et FAUSTIN Hélie, *op. cit.*, t. IV, p. 63.

(3) GARRAUD, *op. cit.*, t. V, p. 375.

par le nouvel article 317 qui a ajouté les sages-femmes pour lesquelles, sous l'empire de l'article primitif, s'élevaient des doutes sur le point de savoir si elles pouvaient être assimilées aux « Officiers de santé ».

L'article 317, dans la nouvelle rédaction, prévoit aussi expressément les chirurgiens- dentistes pharmaciens; étudiants en médecine, étudiants ou employés en pharmacie, herboristes, etc.

L'alinéa 3 de l'article 317 originaire prévoyait pour ce cas la peine de travaux forcés à temps, mais, en 1923, le législateur, voulant soustraire toutes les affaires concernant l'avortement à la compétence de la Cour d'Assises, fut obligé de correctionnaliser la peine, se contentant d'ajouter, dans ce cas, la peine complémentaire de la suspension temporaire ou de l'incapacité absolue de l'exercice de la profession.

Cet alinéa, élargissant au surplus l'incrimination, admet que le délit du technicien peut être consommé par de simples indications, de simples conseils donnés à l'auteur de l'avortement. Mais il est évident que la peine n'est encourue que dans le cas où, à la suite de ces indications, l'avortement a été commis ou au moins tenté.

Enfin, un quatrième alinéa ajouté à cet article accorde, en plus, aux tribunaux le droit de prononcer dans tous les cas, l'interdiction de séjour pendant deux ans au moins et dix ans au plus.

L'application en notre matière des règles générales de la complicité présente certaines difficultés. Il faut distinguer les hypothèses suivantes :

Premier cas : Un tiers a provoqué l'avortement à l'insu ou malgré la résistance de sa femme. Ce tiers est l'auteur principal du délit et les personnes qui l'aident sont ses complices.

Deuxième cas : La femme se procure l'avortement elle-même, ou elle consent à ce qu'un tiers la fasse avorter. Dans les deux cas, elle est l'auteur principal du délit prévu par l'alinéa 2 de l'article 317. La femme ne peut jamais être complice de son propre avortement. Dans tous les cas, elle est punie seulement pour le délit consommé.

Troisième cas : Un tiers a provoqué l'avortement avec le consentement de la femme avortée. Ici, le tiers doit être considéré tantôt comme auteur d'un délit distinct, celui de l'alinéa 1^{er}, tantôt complice du délit de la femme c'est-à-dire du délit de l'alinéa 2.

La question présentait déjà, avant la loi de 1923, un grand intérêt au point de vue de la tentative. Si le tiers est considéré comme complice de la femme coupable d'une simple tentative d'avortement, il n'est pas punissable, étant donné que le fait principal ne constitue pas un délit ; au contraire, s'il est considéré comme co-auteur, il sera puni bien que la femme soit à l'abri de toutes poursuites. Mais l'intérêt de la question a augmenté depuis que la loi de 1923 a prévu, pour l'avortement qui est l'œuvre de la femme enceinte, une réduction de peine dont naturellement doivent bénéficier ses complices.

Quand donc un tiers est-il co-auteur, et quand donc complice ? En théorie, la question ne présente pas grande difficulté. M. Garraud nous dit : «Celui qui se borne à indiquer à la femme les moyens de se faire avorter ou qui lui fournit sciemment les substances, ou les instruments propres à le faire, mais s'abstient de participer à l'opération, n'est, en principe, qu'un complice. Celui qui exerce, sur la femme, des manœuvres abortives ou

bien qui lui administre des breuvages propres à provoquer l'avortement est bien l'auteur ou le co-auteur du délit ». Ceci est bien simple en théorie mais comment, dans la pratique, peut-on distinguer le fait de fournir par exemple les substances abortives, du fait d'administrer ces substances ? Devant cette difficulté, la jurisprudence en France a une tendance à considérer dans tous les cas le tiers comme auteur principal. C'est ainsi que la Cour de Cassation a considéré comme auteurs principaux des personnes qui avaient simplement indiqué à une femme enceinte des moyens abortifs (4). Au contraire, en Allemagne, la personne provoquant un avortement du consentement de la femme enceinte, était regardée toujours comme complice. Pour éviter cette difficulté insurmontable, le récent Code pénal polonais considère le fait d'aider une femme qui se fait avorter comme un délit distinct qu'il assimile au fait d'une personne qui commet elle-même l'avortement avec le consentement de la femme (5).

Quatrième cas : Une personne visée, en qualité de personne de l'art, au troisième alinéa, indique, favorise ou pratique les moyens de provoquer un avortement. Cette personne est toujours considérée comme l'auteur principal de l'infraction prévue par le même alinéa, qui prévoit la sanction de l'alinéa 1^{er}. Ses complices seront passibles de la même peine sauf la peine complémentaire qui ne peut s'appliquer qu'aux personnes qualifiées. Mais la femme qui a consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés, est toujours soumise à la peine prévue à l'alinéa second.

(4) Cass., 9 février 1850. D. 1850-5-42.

(5) Voyez : *Code pénal polonais de 1932*, art. 232.

Avant la loi de 1923, les complices des techniciens, conformément aux principes généraux, étaient soumis à la peine des travaux forcés, prévue par l'alinéa troisième (6) .

(6) Voyez p. ex. un arrêt de Besançon du 28 février 1888 (D. P. 88-2-235).

CHAPITRE II

LES CONCEPTIONS DES PEUPLES MODERNES

§ 1^{er}

L'avortement en Droit comparé

Les Codes pénaux du XIX^e siècle ne diffèrent pas essentiellement en notre matière du Droit français, qui a fait l'objet de notre étude dans le chapitre précédent. Au contraire, comme nous venons de le dire, dans le mouvement législatif d'après-guerre, on rencontre des innovations très hardies que nous indiquerons ci-dessous, après avoir étudié sommairement dans ce paragraphe, comment la répression de l'avortement est réglée dans les divers Etats, dont le législateur admet encore l'interdiction de l'avortement comme une règle absolue.

Dans cet examen de Droit comparé, nous allons voir d'abord les peines infligées dans les principaux Codes, aujourd'hui en vigueur, aux femmes avortées et à leurs complices, et ensuite, les diverses causes d'aggravation ou d'atténuation qui viennent influencer sur la pénalité.

Le Code pénal allemand de 1870, dans son paragraphe 218, prévoit, aussi bien pour l'avortement commis par la femme enceinte que pour celui qui est l'œuvre d'un

tiers ayant agi d'après le consentement de la femme, la peine de réclusion jusqu'à cinq ans ; en cas de circonstances atténuantes, la peine devient l'emprisonnement avec un minimum de six mois. La même peine était prévue par le Code prussien de 1851.

En Angleterre, une loi de 1861 (*the Person Act*) caractérise l'avortement comme *felony* et punit celui qui le provoque de la servitude pénale allant de trois ans jusqu'à perpétuité ou, en cas de circonstances atténuantes, d'un emprisonnement de deux ans au plus, avec ou sans travail forcé et détention solitaire. La même peine est infligée à la femme qui consent à la commission de ce crime.

Le Code pénal belge de 1867, dans les articles 350 et 351, inflige la peine d'emprisonnement de deux à cinq ans à la femme enceinte et à celui qui l'a fait avorter avec son consentement.

Le Code espagnol de 1870 prévoit également une peine d'emprisonnement correctionnel, aussi bien pour la femme avortée que pour les tiers. Le Code promulgué pendant la dictature en Espagne et qui est aujourd'hui abrogé, prévoyait pour ces cas la peine d'emprisonnement de deux à cinq ans (1).

Le Code pénal d'Autriche de 1852, dans l'article 144, punit de la peine de travaux forcés d'un à cinq ans la femme coupable d'avoir pratiqué sur elle-même l'avortement ainsi que son complice.

Le Code hongrois de 1878, dans l'article 285, punit la femme enceinte de trois ans de réclusion au maximum et la même peine est prononcée contre celui qui commet le délit de son consentement.

(1) Voyez le *Code espagnol* de 1928, art. 525 et 527.

Le Code pénal russe de 1903 (articles 465, 466), aujourd'hui en vigueur dans plusieurs parties détachées de l'ancien Empire, prévoit une peine correctionnelle pour les tiers et pour la femme enceinte qui consent à la commission du délit. Mais, pour cette dernière, la peine ne peut être supérieure à trois ans.

Le Code pénal hollandais de 1881 (articles 295, 297), prévoit dans le titre consacré aux « délits contre la vie » ce qui est le cas pour tous les codes de son époque, la peine d'emprisonnement jusqu'à trois ans en ce qui concerne la femme, et jusqu'à quatre ans pour le tiers. Mais une jurisprudence constante décidait que l'application de ces peines n'était possible que lorsqu'il était prouvé que l'avorton au moment de son expulsion vivait dans le sein de la femme, de sorte qu'une condamnation en vertu de ces dispositions était extrêmement rare. Et c'est devant l'impunité dont bénéficiait en fait l'avortement que le législateur hollandais fut obligé de voter la loi du 20 mai 1911 incorporée au titre XIV du Code pénal concernant « Les délits contre les mœurs » comme article 251 *bis*. Le premier alinéa de cet article nous dit : « Quiconque aura volontairement entrepris le traitement d'une femme ou lui aura fait subir un traitement en faisant connaître ou en éveillant l'espérance qu'ainsi l'avortement pourra être procuré, sera puni d'un emprisonnement jusqu'à trois ans ou d'une amende jusqu'à trois mille florins ». C'est presque uniquement d'après cet article, qui est conçu en des termes très larges, mais dont la punition peut se réduire à une simple amende, que l'avortement est actuellement réprimé dans les Pays-Bas.

Le Code italien de 1889, dans son article 381, punissait la femme qui se faisait avorter, d'un emprisonnement

de un à quatre ans ; pour toute autre personne, la peine d'emprisonnement pouvait aller jusqu'à cinq ans et elle ne pouvait pas être inférieure à trente mois. Celui de 1930, dans le titre X qui parle des « Délits contre l'intégrité et la santé de la race » envisage l'avortement avec la même rigueur que tout autre délit nuisible à l'intérêt national. L'article 546 de ce Code dit que « Quiconque fait avorter une femme avec son consentement est puni de la réclusion de deux à cinq ans. La même peine s'applique à la femme qui a consenti à l'avortement ». Dans l'article suivant, le Code prévoit la réclusion d'un à quatre ans pour la femme « qui se fait avorter ». Cette distinction entre la femme qui consent à son avortement et la femme qui le provoque elle-même, est une innovation du récent code.

De cet examen, il ressort que dans tous les pays, excepté l'Angleterre, la femme qui se fait avorter est punie d'une peine correctionnelle dont le minimum en général n'est pas fixé par la loi. En ce qui concerne les personnes qui procurent l'avortement d'une femme enceinte, la plupart des législations prévoient la même peine que pour la femme qui leur a accordé son consentement. De cette façon, on évite la difficulté insurmontable de discerner quand le tiers provoque l'avortement d'une femme et quand il se borne à aider une femme qui se fait avorter elle-même.

Contrairement à ce qui se passe dans le système de la loi française, qui applique au délit d'avortement une pénalité générale, la plupart des législations étrangères prévoient de nombreuses circonstances aggravantes ou atténuantes, donnant ainsi au juge des directives.

Les circonstances aggravantes qui se rencontrent le plus fréquemment dans les divers codes peuvent se ran-

ger en trois groupes, selon qu'elles tirent leur origine du défaut de consentement de la femme avortée, de la qualité de l'auteur de l'avortement et enfin des conséquences de l'avortement sur la personne de la femme.

Les codes pénaux qui ne distinguent pas entre l'avortement commis avec le consentement de la femme et celui qui est l'œuvre d'une personne ayant agi sans ce consentement sont extrêmement rares (2). Presque tous les Codes prévoient pour ce dernier cas une peine criminelle (3).

La plupart des législations prennent aussi en considération les conséquences que l'avortement a eues pour la femme enceinte. Et elles aggravent la peine, notamment pour le cas où un avortement, commis sans le consentement de la femme, occasionne sa mort (4). D'autres législations, en cas de mort de la femme prévoient une peine moins grave si l'auteur a agi avec son consentement (5). Enfin, à l'heure actuelle où le législateur veut surtout protéger la femme enceinte, il aggrave la peine non seulement si l'avortement a causé la mort de la femme, mais aussi s'il lui provoque des lésions corporelles (6). Au contraire le législateur français, envisa-

(2) On peut mentionner parmi eux le *Code du Canada* de 1892 qui dépasse en rigueur tous les codes de son époque (au Canada, celui qui fait avorter, ou tente de faire avorter une femme, est puni de l'emprisonnement à perpétuité); le *Code portugais* de 1852, modifié en 1884; le *Code égyptien*, celui d'Haïti et quelques autres encore.

(3) Voyez notamment les *C. P. allemand*, art. 220; *belge*, art. 348; *espagnol* de 1870, art. 428; de 1928, art. 525; *hongrois*, art. 286; *russe*, art. 466; *hollandais*, art. 296; *italien* de 1889, art. 383; de 1930, art. 545, la *loi suédoise* du 20 juin 1890. Le *Code turc* de 1926, art. 470, etc.

(4) Voyez le *C. P. allemand*, art. 220, par. 2; *hongrois*, art. 286; *autrichien*, art. 148; la *loi suédoise* en 1890; le *code du Canton de Berne* de 1866.

(5) *C. P. Belge*, art. 352; *hollandais*, art. 296, 297.

(6) Voyez notamment le *Code italien* de 1930, art. 549.

geant l'avortement uniquement comme un délit contre l'enfant conçu, ne considère pas la mort de la femme comme une circonstance aggravante du délit d'avortement. D'après la jurisprudence, lorsqu'une femme meurt des suites d'un avortement provoqué par un tiers, l'auteur du délit peut être condamné non seulement pour avortement mais aussi en vertu de l'article 309, paragraphe 4, pour coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner.

Une peine plus sévère est prévue dans les Codes étrangers comme dans le Code français, contre ceux qui exercent la profession d'avorteur. Le législateur pense que s'il n'existait pas de spécialistes de l'avortement, cette pratique serait infiniment moins répandue. A l'imitation du Code pénal français, plusieurs législations se contentent de la qualité de l'auteur en aggravant la peine lorsque celui-ci est un médecin ou une autre personne s'occupant de l'art de guérir (7). Au contraire, le Code pénal allemand, qui a été suivi sur ce point par plusieurs autres codes, prend en considération, non pas la qualité de l'auteur, mais le but par lui poursuivi dans l'accomplissement du délit. C'est ainsi que l'article 219 nous dit que « sera puni de réclusion jusqu'à 10 ans, quiconque aura administré ou fourni contre un certain prix les moyens nécessaires à une femme qui se sera fait avorter ou qui aura tué son fœtus ». D'après les auteurs allemands, la rétribution ne s'entend que d'un avantage pécuniaire et non pas d'un avantage d'autre sorte (8). Cette limitation n'est pas admise dans les Codes postérieurs qui se contentent d'un intérêt quelconque, l'article 285

(7) Voyez dans ce sens les *C. P. belge*, art. 353; *espagnol* de 1928, art. 328; *hollandais*, art. 298; *italien* de 1889, art. 384.

(8) Voyez FR. VON LISZT : *Traité de Droit pénal allemand*. Paris, 1913.

du Code hongrois parle de celui qui a commis l'avortement « pour un motif intéressé » (9).

Enfin, les Codes pénaux étrangers, en tenant compte aussi bien de l'intérêt social et du sentiment de la justice, envisagent avec moins de rigueur l'avortement d'une femme ayant conçu « hors mariage », comme dit le Code hongrois. Le texte italien de 1889 parlait de l'avortement ayant comme but de « sauver l'honneur » et il étendait cette excuse atténuante aux proches parents de la femme avortée. Cette atténuation de la peine est conservée dans l'article 551 du code de 1930 (10).

§ 2

L'avortement chez les peuples orientaux

Jusqu'au XIX^e siècle, dans tout l'Orient, il n'existait pas de loi religieuse ou civile, pour interdire l'avortement, même dans la religion musulmane quoiqu'on ait parfois prétendu le contraire.

Sur notre question, le Coran est muet ; il ne prévoit aucune répression même pour le cas d'une personne qui, par violence, fait avorter une femme enceinte. Mais les juristes, étant d'avis que ce cas ne devait pas être assimilé au délit ordinaire de coups et blessures, ont cherché, dans les divers recueils de traditions orales venant du Prophète, une solution équitable, car on sait que les Musulmans croient que tout a été révélé à Mahomet.

Et ils ont fini par trouver, dans la « *Sonna* », une décision du Prophète qui a servi de fondement à la représ-

(9) Voyez aussi le *Code hollandais*, art. 251 bis, par. 2.

(10) Voyez aussi le *Code espagnol*, art. 427 ; le *Code bulgare* de 1896, art. 259 ; le *Code mexicain* de 1871, art. 573 ; *Turc*, art. 472 et *Portugal*.

sion de ce crime. Dans son émigration de la Mecque à Médine, Mahomet était entouré des *Ashâb* (compagnons) qui, à chaque instant, se trouvaient près de lui aussitôt que le soin de pourvoir à leur subsistance leur avait laissé le moindre loisir. Or, si une question lui était soumise et s'il rendait une décision, s'il commandait ou défendait de faire une chose ou s'il la faisait, la connaissance en était acquise à ceux qui étaient alors avec lui, mais elle échappait aux autres : c'est ainsi qu'Omar ignorait, au sujet de la composition due pour le fœtus de la femme, ce que savait un simple arabe de Hodail. Cette composition était un ou une jeune esclave dans le cas où le fœtus mort aurait dû naître libre et musulman. Quand le Prophète avait édicté cette peine, le coupable avait protesté en disant : « Paierons-nous une *diyya* pour un être qui n'a ni mangé, ni bu, ni crié ? un tel être doit demeurer invengé ». Ceci prouve qu'avant l'Islam, aucune indemnité n'était due pour le fœtus mort.

Les juristes musulmans ont réservé à la réglementation de l'avortement provoqué une place spéciale, distincte de celle consacrée à la réglementation des autres délits de sang. Mais comme les délits de sang, l'avortement est une source d'obligations. La cause de l'obligation c'est le fait d'avoir provoqué chez une femme enceinte l'accouchement prématuré par toutes sortes de moyens, et notamment par la violence. Mais le Droit musulman n'a jamais interdit aux parents de provoquer un avortement. D'après l'esprit du Coran, le père, ayant donné la vie au fils, celui-ci est en quelque sorte une partie du père ; la paternité lui donne des droits que l'on ne peut méconnaître. Mahomet a dit : « Toi et tes biens appartiennent à ton père » (1).

(1) Voyez Léon BERCHER : *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*. Paris, 1926.

Cet état de choses a duré jusqu'à nos jours, car rien n'était plus antipathique à l'esprit de l'Islamisme que l'idée de progrès. Le Sultan lui-même ne pouvait pas changer la loi.

Les mœurs de tous les autres peuples de l'Orient ne sont nullement différentes. Et il faut même remarquer que chez eux et notamment en Chine, l'infanticide est resté de pratique courante.

Pendant tout le xix^e siècle, le droit s'est maintenu pour le père de châtier ses enfants en leur infligeant la peine capitale. Et c'est ainsi que dans un ouvrage de M. Martin, qui fut médecin de la Légation de France à Pékin, nous trouvons rapporté le cas suivant : « A Cen-Houan-Fou, une fille séduite met au monde un enfant qu'elle tue aussitôt ; ses parents la saisissent et l'enterrent toute vive. Le P. F. Lazariste, témoin du fait, interroge les parents qui lui répondent ceci : ce n'est pas le meurtre de son enfant qui la rend coupable à nos yeux, nous l'aurions commis nous-mêmes, mais la séduction à laquelle elle a succombé nous a déshonorés, et voilà pourquoi nous l'avons tuée » (2). Le même auteur nous affirme que la police à Pékin ne se préoccupe pas de l'infanticide et que l'opinion publique s'en désintéresse complètement. Dans le Code chinois Ta-Tsing-Leu-Lée, section CCCXIX, qui était en vigueur jusqu'au xix^e siècle, on voit « qu'un parent qui châtie un enfant de telle sorte, que la mort s'ensuive, aura cent coups. Si la mort est immédiate, il aura cent soixante coups et un an d'exil » (3). La peine de cent coups dans ce Code, qui prévoit la peine capitale pour presque tous les délits et les crimes, peut être com-

(2) M.-E. MARTIN : *L'infanticide et l'avortement dans l'Empire chinois*. Paris, 1872.

(3) Voyez le *Code Ta-Tsing-Leu-Lée*, trad. en français. Paris, 1812.

parée à une petite amende de nos Codes actuels. Quant à l'avortement, ce Code reste muet. « En compulsant les lois criminelles nous n'avons, dit M. Martin, rien pu découvrir se rapportant à cette pratique. C'est un fait acquis, la législation chinoise ne contient rien sur cette question ».

Mais à l'heure actuelle, les Codes pénaux de tous les peuples civilisés de l'Orient interdisent l'avortement d'une façon formelle. Il est évident que ce fait n'est pas dû à un scrupule moral, mais c'est une simple imitation des idées européennes. Ces peuples, pour avoir le droit d'être considérés comme civilisés, furent obligés d'accepter en bloc notre civilisation. C'est le cas pour la Turquie du milieu du xix^e siècle, du Japon, de la Chine et de divers autres Etats asiatiques.

La preuve en est dans l'extrême légèreté de la peine prévue dans ces Codes : c'est ainsi par exemple que le Code chinois de 1928, dans l'article 304, nous dit que la femme qui se fait avorter sera punie d'un emprisonnement ne dépassant pas un an *ou* d'une amende de 300 yen au plus. Le Code pénal de la Corée de 1905 ne punit pas la femme qui se fait avorter ; quant au tiers qui provoque l'avortement d'une femme, la peine est de 100 coups de bâton. Le Code pénal du Royaume de Siam de 1908, dans l'article 260, dit : « Toute femme qui se fait avorter elle-même ou consent à se faire avorter par un tiers, sera punie de l'emprisonnement de trois ans au plus et de l'amende jusqu'à cent ticaux *ou* de l'une de ces deux peines seulement ».

Ce n'est que le Japon, parmi les peuples de l'Orient, qui punit l'avortement d'une peine d'emprisonnement (4) et ceci est dû à ses tendances impérialistes. Malgré

(4) Voyez le *Code japonais* de 1907, art. 212.

la surpopulation de cet état insulaire et la misère dans laquelle le peuple se trouve, procréer, au Japon, est un devoir religieux et national (5).

§ 3

L'avortement en Russie Soviétique

Dans l'introduction de ce chapitre, nous avons dit que la plupart des Codes pénaux récents envisagent l'avortement principalement au point de vue de la protection de la femme. Or, quand on se place à ce point de vue, on ne peut punir que ceux qui font avorter une femme et non la femme elle-même, car le fait de mettre en danger sa propre vie n'est pas un acte punissable.

Pour la première fois dans notre civilisation actuelle, l'U. R. S. S. a supprimé la répression de l'avortement. La révolution d'octobre 1917, considérant cette répression comme le résultat d'une Morale fausse, avait proclamé la liberté de l'avortement et supprimé sur le champ toute poursuite de ce chef.

Mais dès la fin de la Révolution, le gouvernement soviétique, devant les dangers auxquels l'avortement, même sous un régime de liberté, exposait les femmes, a commencé à poser à la liberté de l'avortement des limites ; et à l'heure actuelle, en Russie, l'avortement est

(5) Il est évident que l'indulgence qui se rencontre dans les législations des Etats indépendants n'existe pas dans les pays soumis à la souveraineté des Etats européens. Voyez ainsi le *Code laotien* de 1908 (art. 112) ; *anamite*, de 1922 (art. 187). Au contraire, le *Code du royaume du Cambodge* de 1929 (art. 455, 456) envisage l'avortement avec moins de rigueur.

(1) Voyez les raisons de cette législation dans les *Annales de médecine légale*, avril 1929, article de M. A. ROUBAKINE.

loin d'être libre. Le Gouvernement reconnaissant qu'il est un péril pour la collectivité essaie de l'enrayer par une propagande intense. Car l'avortement, même aseptique, constitue un traumatisme biologique qui entraîne à sa suite, notamment en cas de répétition fréquente, diverses maladies (2).

La réglementation de l'avortement en Russie soviétique a débuté par un décret du 18 novembre 1920 publié par les commissariats de la Santé et de la Justice : « Le Gouvernement ouvrier et paysan, dit ce décret, est convaincu que l'avortement est un grand mal pour la société prolétarienne. Celle-ci combat l'avortement : 1° en expliquant aux femmes laborieuses toutes les conséquences dommageables de l'avortement ; 2° en organisant, aussi largement que possible, la protection de la mère et de l'enfant. Ce n'est que par ces moyens que l'avortement sera supprimé dans l'avenir.

Mais, étant donné les conditions difficiles de l'heure présente et l'héritage moral du passé, poussent un grand nombre de femmes à l'avortement, le commissariat de la Santé et le commissariat de la Justice promulguent les dispositions légales suivantes :

1. Sont autorisés les avortements opératoires qui seront faits gratuitement dans les hôpitaux soviétiques, où les risques sont réduits au minimum.

2. Il est expressément interdit à qui que ce soit, excepté aux médecins, de pratiquer l'opération abortive.

3. Les sages-femmes qui enfreindront cette règle seront privées du droit d'exercer et traduites devant les tribunaux.

(2) Voyez l'art. du Prof. SERDUKOFF dans *Les Annales de Gynécologie et d'Obstétrique*, mars 1928.

4. Les médecins pratiquant l'avortement dans leur clientèle privée et dans un but intéressé seront traduits devant la Justice.

Conformément aux principes de ce décret, le Code pénal de 1922, dans son article 146, disait que : « Paragraphe 1. Toute personne n'ayant pas une préparation médicale certifiée, qui aura, avec le consentement de la mère, interrompu la grossesse par des moyens artificiels, sera condamnée à un an d'emprisonnement ou de travaux publics au maximum. Paragraphe 2. Seront poursuivies par les tribunaux, non seulement les personnes qui pratiquent l'avortement sans en avoir le droit, mais aussi celles qui, tout en ayant le droit de procurer des avortements, ne font pas l'opération dans les endroits prévus par les commissariats de la Santé et de la Justice. Paragraphe 3. Si cet acte est accompli dans un but lucratif, ou bien, s'il est fait sans le consentement de la mère, ou bien, s'il a eu pour conséquence la mort de celle-ci, la peine pourra être élevée jusqu'à cinq ans d'emprisonnement ».

Mais le grand nombre des avortements a mis les hôpitaux soviétiques dans une situation difficile. Il était impossible d'y recevoir toutes celles qui désiraient se faire opérer. On a donc institué des commissions qui se composent d'un médecin, d'un délégué de la protection de la mère et de l'enfant et d'un délégué de la section féminine. Toute femme qui s'y présente est interrogée sur son état de santé, la durée de sa grossesse, ses ressources, sa famille. Si elle sollicite une opération gratuite, elle doit produire : 1° une attestation relative à son état de santé ; 2° un certificat de l'établissement où elle travaille concernant le montant du salaire et 3° un certificat du soviet de la région concernant sa situation de famille.

La Commission lui fait remarquer que l'avortement comporte un certain risque pour sa santé et même pour sa vie et que sa pratique est nuisible à l'Etat, elle peut lui accorder ou non le bénéfice de subir l'opération gratuite dans les hôpitaux, mais elle n'a pas le droit de refuser l'avortement si la femme le réclame.

L'opération peut avoir lieu aussi dans les cliniques privées, dans la mesure où elles sont enregistrées comme telles par les autorités sanitaires du département. En plus, plusieurs hôpitaux ont créé des lits payants pour les femmes dont l'avortement gratuit a été refusé par la commission de santé.

Mais, peu de temps après, le Gouvernement soviétique a apporté une limite très importante au droit de la femme de demander l'avortement. Une circulaire du 12 février 1926 du Commissariat de la Santé interdit l'avortement après le troisième mois de la grossesse et, de plus, interdit les avortements répétés, qui ne sont autorisés que s'il y a six mois d'écoulés depuis la dernière grossesse (3).

A la suite de ces limitations, la pratique soviétique ne diffère pas essentiellement de celle des autres pays. Il est vrai que nos Codes ne distinguent pas en matière d'avortement suivant la durée de la grossesse et que, théoriquement, ce délit peut se réaliser aussitôt après la conception, mais il faut reconnaître que l'interruption de la grossesse à son premier stade échappe à la loi pénale. En effet, au début, l'avortement se confond avec une mesure de prophylaxie anticonceptionnelle.

Mais ce qui fait en notre matière l'intérêt capital de l'U. R. S. S., c'est l'étude sérieuse dont l'avortement y est

(3) Voyez les *Annales de Gynécologie et d'Obstétrique*, 5 mai 1932..

l'objet, tant au point de vue médical qu'au point de vue social. L'enregistrement de tous les avortements permet l'établissement de statistiques précises qui permet de voir l'évolution de ce phénomène contrairement à ce qui se passe dans les autres pays où l'on n'a sur cette matière que des données très vagues.

Le commissariat de la Santé a publié en 1930 les résultats statistiques basés sur l'étude de 60.201 cartes d'enregistrement (4). D'après ces statistiques, les causes de l'avortement sont les suivantes :

Causes de l'avortement	Moscou	Léningrad	Chef-lieux provinces	Autres villes	Régions
Gêne matérielle.....	53,7 %	62,6 %	66,4 %	59,1 %	58,2 %
Etat maladif.....	12,7 %	12,3 %	19,3 %	32 8 %	29,7 %
Désir de cacher la Grossesse.....	0,6 %	0,4 %	1,6 %	2,9 %	7,3 %
Allaitement.....	11,9 %	8,8 %	12,7 %	5,2 %	4,8 %
Autres causes	21,1 %	15,9 %	»	»	»

En ce qui concerne le nombre des avortements depuis sa légalisation, on remarque que les avortements enregistrés augmentent sans cesse. Il faut reconnaître que cette augmentation est dans une grande mesure apparente, parce que les avortements clandestins deviennent de moins en moins nombreux. Cependant, il est indiscutable qu'il y a une certaine augmentation réelle. Ainsi, dans quatorze villes de l'U. R. S. S. qui avaient, en 1927, 3.564.539 habitants, on a enregistré, en 1924, 24.881 avortements et, en 1927, dans les mêmes villes, 77.577.

Mais il est remarquable que malgré les avortements

(4) Voyez sur ce point : *La protection de la santé publique dans l'U. R. S. S.*, par le Dr. A. ROUBAKINE. Paris, 1933.

légaux et la propagande faite en faveur des mesures anticonceptionnelles, la natalité en U. R. S. S., loin d'accuser un fléchissement, n'a cessé de s'élever et est devenue aujourd'hui la plus forte du monde entier. Voici le nombre des naissances, en Russie, pour 1.000 habitants :

1911.....	44
1915.....	37,5
1920.....	29,4
1925.....	44,2
1930.....	48

A l'heure actuelle, la population, en Russie, augmente chaque année de 3 millions 1/2, c'est-à-dire de la population d'une ville comme Paris (5).

§ 4

Les Codes pénaux d'après-guerre

Ce n'est pas seulement la République des Soviets qui a cessé de considérer l'avortement comme un crime contre la vie humaine. Dans tous les récents Codes pénaux, l'avortement est envisagé d'une façon bien différente de celle que nous avons rencontrée dans les Codes pénaux d'avant-guerre.

Le trait commun de ces Codes est l'extrême indulgence envers la femme qui se fait avorter (1). Dans tous ces

(5) Voyez dans *Concours Médical*, 1929, p. 1569, l'article du Dr. BABADAGLY.

(1) Dans le mouvement législatif contemporain, nous n'avons pu trouver que le projet du code pénal grec de 1933 qui prévoit contre la femme enceinte une peine criminelle pouvant aller jusqu'à dix ans de réclusion.

Codes, excepté celui de l'Italie, cette indulgence, sous certaines conditions, va jusqu'à la pleine impunité et il y a des cas dans lesquels l'avortement constitue un droit pour la femme enceinte. Ce n'est plus l'extrême nécessité de sauver la vie de la femme enceinte qui, seule, peut justifier un avortement, le législateur, à l'heure actuelle, reconnaît formellement aux médecins le droit de faire avorter une femme dans tous les cas où l'intérêt de sa santé l'exige. Nous sommes bien loin de la thèse théologique qui considérerait l'anéantissement du fœtus comme un mal infiniment plus grand que la mort de la femme. Au contraire, la protection de la femme enceinte est le but essentiel de la répression de l'avortement.

Tandis que, d'après les idées religieuses conservées jusqu'à l'heure actuelle dans la législation française, la femme est un tiers relativement au délit d'avortement dont l'objet est le fœtus, le législateur contemporain ne prend en considération que celle-ci. Il aggrave la peine si l'auteur de l'avortement a agi sans le consentement de la femme enceinte et fait dépendre aussi la répression des résultats que les pratiques abortives ont eus pour elle.

Le Code pénal yougoslave du 27 janvier 1929, qui prévoit une peine d'emprisonnement jusqu'à trois ans pour la femme qui se fait avorter, dans l'article 171 paragraphe 2, ajoute : « Les tribunaux peuvent diminuer la peine selon leur libre appréciation et ils peuvent même absoudre la femme qui, ayant conçu en dehors du mariage s'est fait avorter ». Dans l'article 173, paragraphe 3, le même Code prévoit la composition d'une commission médicale qui autorisera les médecins à pratiquer les avortements thérapeutiques.

Le Code danois du 15 avril 1930, qui est entré en vi-

gueur le 1^{er} janvier 1933, dans son article 242, punit la femme qui a provoqué son avortement de la peine d'*hoefte* (emprisonnement moins sévère) jusqu'à deux ans, et il ajoute : « Si le tribunal reconnaît des circonstances atténuantes, il peut acquitter la femme coupable de s'être fait avorter ». Et, pour affaiblir davantage la répression, il établit une prescription de deux ans en ce qui concerne la femme.

Le Code polonais du 11 juillet 1932, après avoir prévu une peine d'emprisonnement jusqu'à trois ans pour la femme coupable de s'être fait avorter, dresse une longue liste de cas dans lesquels l'avortement est permis. Ces cas sont les suivants : 1° si la femme qui a subi un acte de débauche était âgée au-dessous de 15 ans ; 2° si la femme était privée de la capacité de connaître l'importance de l'acte ou de régler sa conduite ; 3° si la femme a consenti au rapport sexuel à l'aide de violence, menaces illicites ou de ruse ; 4° si le consentement de la femme était la conséquence d'abus de rapports de dépendance ou l'exploitation d'une situation critique de la part du séducteur et 5° si la grossesse était le résultat d'un rapport incestueux. On se rend compte que le législateur polonais, s'exprimant en des termes si larges, permet au juge de laisser dans tous les cas sans répression la fille-mère qui a recours à l'avortement.

Le projet de Code pénal roumain de 1933 distingue suivant que la grossesse est légitime ou illégitime. Dans le premier cas, la peine est l'emprisonnement de six mois à un an, dans le second de trois à six mois. Le projet gouvernemental prévoyait pour ce cas l'emprisonnement d'un à trois mois.

Ce projet prévoit également une série de circonstances dans lesquelles l'avortement devient légal : 1° Quand

la vie ou la santé de la femme est en danger ; 2° Quand on peut craindre sérieusement que l'enfant ait de graves tares corporelles ou mentales ; 3° Quand la femme enceinte est en état d'aliénation mentale ; 4° Quand la grossesse est le résultat d'un délit comme le viol, la séduction d'une fille de moins de 15 ans, etc...

La question de l'avortement a été l'objet de vives discussions en Tchécoslovaquie, elles ont commencé dès 1920 à la Chambre des Députés. Le 20 octobre de cette année-là, une proposition de loi était déposée en vue d'autoriser l'avortement pratiqué par un médecin dans les trois premiers mois de la grossesse. Une autre proposition a été soumise à l'Assemblée Nationale le 8 novembre 1922 d'après laquelle l'avortement était permis, même en dehors de toute considération médicale ou eugénique toutes les fois qu'il existait une raison « sociale » comme par exemple, pauvreté affligeante, plus de trois enfants vivants, etc..., ainsi que dans les cas de séduction de jeunes filles mineures de 16 ans et enfin dans le cas de viol. Cette proposition fut définitivement adoptée dans le projet de Code pénal de 1926, lequel a ajouté que l'interruption de la grossesse doit être autorisée par une commission spéciale créée dans ce but (2). Cette commission saisie d'une demande de la femme enceinte délibérerait d'une façon intime et confidentielle sans aucune procédure judiciaire.

Dans les Codes envisagés jusqu'à présent, l'interdiction de l'avortement reste la règle malgré les brèches considérables qu'elle a subies. Les préjugés du passé et l'intérêt national n'ont pas permis à ces Etats de donner une solution définitive à ce problème.

(2) Voyez l'art. 286 de ce projet.

Mais un Etat de l'Europe orientale, qui professe la même religion et la même Morale que les autres Etats européens, a reconnu ouvertement à la femme le droit de recourir à l'avortement toutes les fois qu'il ne constitue pas un danger pour sa propre santé.

Le Code pénal d'Esthonie, du 20 juin 1929, dans son chapitre « Des délits contre la santé publique », nous dit :

Paragraphe 193. Une femme qui a commis le délit d'avortement après le troisième mois depuis le moment de la conception, sera punie d'une détention ne dépassant pas trois mois.

Paragraphe 194. Celui qui a commis un avortement sans être compétent, sera puni d'un emprisonnement ne dépassant pas un an.

La même peine est infligée à celui qui, tout en ayant compétence, a commis un avortement après le troisième mois de la grossesse, ou l'a commis contrairement aux prescriptions de la médecine. Si le coupable a commis cet acte dans un but lucratif, il sera puni d'un emprisonnement jusqu'à six ans et de l'interdiction d'exercer sa profession.

Quiconque fait avorter une femme sans son consentement, sera puni de travaux forcés jusqu'à huit ans.

Ce Code, après sa promulgation, a été l'objet de vives critiques au sein du Corps législatif ; et un des points les plus critiqués a été tout naturellement cette légalisation de l'avortement. Les adversaires de cette innovation craignaient notamment de voir leur pays devenir un centre international d'avortement où accourraient les étrangers privés du droit de subir l'opération dans leur pays.

Mais ces arguments n'ont pas été décisifs et récemment a été votée une loi qui met en vigueur ce Code à partir du 1^{er} janvier 1935, en laissant sans modification les articles concernant l'avortement.

On peut donc conclure qu'avec le Code d'Esthonie, qui ne diffère pas du Droit soviétique, la longue évolution du délit d'avortement que nous avons suivie à travers les âges et les divers peuples, est arrivée à son terme. Il n'est pas possible d'imaginer que le législateur puisse accorder une plus grande liberté aux pratiques abortives qui restent toujours très dangereuses pour la santé de la femme, sans compter qu'un avortement, commis dans les derniers temps de la grossesse constitue un acte cruel, intolérable en l'état actuel de nos mœurs.

Vu : *Le Président de la Thèse,*
L. HUGUENEY.

Vu : *Le Doyen,*
E. ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

- ACHARD Marcel. — *L'Avortement et la propagande anti-conceptionnelle*. Thèse Toulouse, 1917.
- ALLEMANE Félix. — *L'Avortement criminel*. Thèse Toulouse, 1911.
- ARISTOTE. — *Traité de la Génération des Animaux*, trad. par J. BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE. Paris, 1887.
- ARISTOTE. — *Histoire des Animaux*, trad. par J. BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE. Paris, 1883.
- ARISTOTE. — *Politique*, trad. par J. BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE. Paris, 1838.
- BALTHAZARD et PRÉVOST Eug. — *Une plaie sociale, les avortements criminels*. Paris, 1912.
- BECCARIA. — *Traité des délits et des peines*. Paris, 1869.
- BERCHER Léon. — *Les Délits et les Peines de Droit commun prévus par le Coran*. Thèse, Paris, 1926.
- BLET Georges. — *L'Avortement. Est-ce un crime ? La répression est-elle légitime ?* Paris, 1921.
- BOUTEILLET Jean. — *La somme rurale ou le grand couturier*, édit. de 1486.
- BOUTON René. — *L'infanticide*. Thèse Paris, 1897.
- BREHIER Emile. — *Chrysippe*. Paris, 1910.
- BROUARDEL P. — *Cours de Médecine légale. L'Avortement*.
- CANCE Adrien. — *Code de Droit canonique*. Paris, 1929.
- CARNOT M. — *Commentaires sur le Code Pénal*. Paris, 1836.
- CHAUVEAU Adolphe et FAUSTIN Hélie. — *Théorie du Code Pénal*. Paris, 1872.

CICÉRON. — *Pour Cluentius*.

CLEMENTIS ALEXANDRINI. — *Opera quæ extant*.

D' CORRÈ. — *La Mère et l'enfant dans les races humaines*.
Paris, 1882.

CRUVEILHIER P. — *Recueil de lois assyriennes*. Paris, 1926.

CUQ Edouard. — *Etudes sur le Droit babylonien*. Paris,
1929.

D'AGUESSEAU. — *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*
publiées par l'abbé André. Paris, 1759-1789.

DANTE. — *Le Purgatoire*.

DELAPORTE L. — *La Mésopotamie*. Paris, 1923.

DENISART. — *Collection des décisions de jurisprudence*.
Paris, 1771.

DENYS D'HALICARNASSE. — *Antiquités romaines*.

VACANT et MANGENOT. — *Dictionnaire de Théologie catho-
lique*.

DIODORE DE SICILE. — Trad. A. F. MIOT, Paris, 1834.

DUBOIS J. A. — *Mœurs, Institutions et cérémonies des Peu-
ples de l'Inde*. Paris, 1825.

DU BOYS Albert. — *Histoire du Droit criminel des Peuples
Anciens*. Paris, 1845.

DU BOYS Albert. — *Histoire du Droit criminel des Peuples
Modernes*, Paris, 1850.

DUCHARME César. — *L'avortement, clandestinité ou légali-
sation*, Paris, 1933.

DURAND DE MAILLANE. — *Dictionnaire de Droit canonique*.
Lyon, 1770.

DURET Jean. — *Traité des peines et amendes*. Lyon, 1610.
Encyclopédie de Jurisprudence. Bruxelles, 1777.

ESMEIN A. — *Histoire de la Procédure criminelle*. Paris,
1882.

FARINACIUS PROSPERUS. — *Opera Omnia*. Ed. 1610.

FLAVIUS Josèphe. — *Œuvres complètes*. Ed. Buchon, Paris,
1858.

- FLAVIUS Josèphe. — *Contre Apion*. Texte établi et annoté par THÉODORE REINACH et traduit par LÉON BLUM, Paris, 1930.
- FREMINVILLE. — *Dictionnaire ou Traité de la Police Générale*. Paris, 1758.
- GALLIOT LÉON. — *L'avortement criminel*. Thèse méd. Lyon, 1884.
- GARÇON E. — *Code Pénal annoté*. Paris, 1901-1906.
- GARRAUD R. — *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*. Paris, 1924.
- GOYET Francisque. — *Précis de Droit pénal spécial*. Paris, 1925.
- GUYOT. — *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*. Paris, 1783.
- HARLEZ (Mgr C. DE). — *Le Livre sacré du Zoroastrisme*. Paris, 1881.
- HEFELE. — *Histoire des Conciles*. Paris, 1907.
- HIPPOCRATE. — *Œuvres complètes, traduction nouvelle avec le texte grec en regard*. Paris, 1839-1861.
- HROZNY Frédéric. — *Code Hittite*. Paris, 1922.
- JSAKSOHN Samuel. — *Etude comparative des différentes législations anti-abortives*. Thèse médecine, Paris, 1931.
- JOUSSE. — *Traité de la Justice criminelle de France*. Paris, 1771.
- KANT. — *Eléments métaphysiques de la Doctrine du Droit*.
- KANT. — *Eléments métaphysiques de la Doctrine de la vertu*.
- KUN. — *Les principales imperfections du Code pénal*. Thèse, Paris, 1933.
- LE GRAVEREND. — *Traité de la législation criminelle en France*. Paris, 1816.
- LETOURNEAU D^r. — *La sociologie d'après l'ethnographie*. Paris.

- LISZT (Franz von), — *Traité de Droit pénal allemand*, trad. par RENÉ LOBSTEIN, Paris, 1913.
- LOISELEUR-DESLONCHAMPS. — *La loi de Manou*. Paris, 1833.
- LOISY. — *Histoire critique du texte et des versions de la Bible*. Amiens, 1892.
- LOMBROSO C. et FERRERO G. — *La femme criminelle et prostituée*. Paris, 1896, trad. par LOUISE NEILLE.
- MARTIN M. E. — *L'infanticide et l'avortement dans l'Empire chinois*. Paris, 1872.
- MARTINET C. et P. DARESTE. — *Le Code pénal hongrois*. Paris, 1880.
- MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*. Bruxelles, 1826.
- MOMMSEN. — *Manuel des antiquités romaines*.
- MONPIN René. — *L'avortement provoqué dans l'antiquité*. Paris, 1918.
- MONTESQUIEU. — *De l'esprit des Lois*.
- MONTIER Fernand. — *Essai sur la législation de l'enfant conçu. L'Avortement criminel*. Thèse, Paris, 1894.
- MORIEZ (S. DU). — *L'avortement ; ses conséquences au point de vue de la dépopulation en France*. Thèse, Paris, 1912.
- MUYART DE VOUGLANS. — *Les Lois criminelles de France*. Paris, 1780.
- NYPELS J. S. G. — *Législation criminelle de la Belgique*.
- PARDESSUS J. M. — *La Loi Salique*. Paris, 1843.
- PELLETIER Madeleine. — *Le droit à l'avortement*. Paris, 1913.
- PEYRÉ A. — *Lois des Francs*.
- TARDIEU Ambroise. — *Etude médico-légale sur l'avortement*. Paris, 1910.
- PLATON. — *La République*, trad. VICTOR COUSIN, T. IX, Paris, 1834.

- PLATON. — *Les Lois*, trad. VICTOR COUSIN, T. VII, Paris, 1831.
- PLATON. — *Théétète*, trad. VICTOR COUSIN, T. II, Paris, 1824.
- RABBINOWICZ (D^r I. J. M.). — *Législation criminelle du Talmud*, Paris, 1876.
- RAGUEAU François. — *Glossaire du Droit français*.
- RAITER Michel. — *Avortement criminel et dépopulation*. Thèse, Paris, 1925.
- REINACH Salomon. — *Cultes, Mythes et Religions*. Paris, 1923.
- REINACH Salomon. — *L'Apocalypse de Saint-Pierre*. Paris, 1893.
- RIOUFOL Charles. — *L'avortement et la provocation à l'avortement*. Thèse, Toulouse, 1924.
- ROUBAKINE (D^r A.). — *La protection de la santé publique dans l'U. R. S. S.* Paris, 1933.
- SEIGNETTE N. — *Code Musulman*. Paris, 1911.
- SCHEIL V. — *Recueil de lois assyriennes*. Paris, 1921.
- SCHEIL V. — *La loi de Hammourabi*. Paris, 1904.
- SERPILLON. — *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670*. Lyon, 1767.
- TACITE. — *Mœurs des Germains*.
- TANON Louis. — *Histoire des Justices des anciennes églises et communautés monastiques de Paris*. Paris, 1883.
- TANON Louis. — *Registre criminel de la Justice de Saint-Martin-des-Champs à Paris du XIV^e siècle*. Paris, 1887.
- TERTULLIEN. — *Œuvres*, trad. par M. DE GENOUDE.
- THONISSEN. — *Le Droit criminel dans les livres sacrés de l'Inde*. Bruxelles, 1864.
- THONISSEN. — *La loi Salique*. Paris, 1882.
- THONISSEN. — *Etudes sur l'histoire du Droit criminel des peuples anciens*. Bruxelles, 1869.

THONISSEN. — *Le Droit pénal de la République Athénienne*.
Bruxelles, 1875.

VERNES Maurice. — *Les emprunts de la Bible hébraïque au grec et au latin*. Paris, 1914.

VERRIEZ. — *L'avortement criminel chez les anciens et les modernes*. *Revue scientifique*, 21 juin 1884.

VIEITES M. — *Projet du Code pénal de Cuba*, 1928.

VIGOUROUX F. — *La Sainte Bible Polyglotte*. T. I., Paris, 1898.

VIOLLET Paul. — *Les Etablissements de Saint Louis*. Paris, 1881.

ZACHARIÆ VON LIGENTHAL. — *Jus Græcoromanum*. Athènes, 1931.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

L'Avortement pendant l'Antiquité

CHAPITRE I

<i>Les législations des peuples de l'Orient. Considérations générales</i>	11
§ 1. — L'Egypte	13
§ 2. — La Mésopotamie	17
§ 3. — La Palestine	30
§ 4. — L'Inde	39
§ 5. — La Perse	42

CHAPITRE II

L'Avortement chez les Grecs et les Romains

§ 1. — La Grèce	45
§ 2. — Le Droit romain	55

DEUXIEME PARTIE

La répression de l'avortement dans les sociétés chrétiennes

CHAPITRE I

La législation de l'Eglise

§ 1. — Les idées du chistianisme sur l'avortement.....	65
§ 2. — Le Droit canonique	74

CHAPITRE II

L'Avortement pendant le Moyen-Age

§ 1. — L'Empire Byzantin	80
§ 2. — L'infanticide et l'avortement chez les Barbares aux temps des invasions	87
§ 3. — La répression de l'avortement dans les sociétés chrétiennes de l'occident	90

CHAPITRE III

L'Avortement dans les temps modernes

§ 1. — L'ancien Droit français	100
§ 2. — Le Droit étranger	110
§ 3. — Le code pénal de 1791	114

TROISIÈME PARTIE

L'Avortement dans les Codes pénaux actuels

Considérations générales	119
--------------------------------	-----

CHAPITRE I

Le Droit français

§ 1. — Le Code de 1810	123
§ 2. — L'origine de la loi du 27 mars 1923	128
§ 3. — Commentaire du nouvel art. 317	133

CHAPITRE II

Les conceptions des peuples modernes

§ 1. — L'avortement du Droit comparé	140
§ 2. — L'avortement chez les peuples orientaux	146
§ 3. — L'avortement en Russie soviétique	150
§ 4. — Les codes pénaux d'après-guerre	155
Bibliographie	161

Imprimerie spéciale de la LIBRAIRIE LIPSCHUTZ
